

DE 2a.
EFFECTV HYPOTHECAE
POST
RESOLVTVM DOMINIVM
CONSTITVENTIS

ANNVENTE DEO
IVSSV ET AVCTORITATE
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS
PRO LICENTIA
SVMMOS IN VTROQVE IVRE HONORES
CAPESSENDI

DIE XXI SEPTEMBRIS A. MDCCXLI.
H. L. Q. S.

PVBLICE DISPV TABIT
IOANNES PAVLVVS TRVMMER
HAMBVRGENSIS.

L I P S I A E
EX OFFICINA LANGENHEMIANA.

H. D. Steger.

DE
EFFECTV HYPOTHECAE
POST
RESOLVTVM DOMINIUM
CONSTITVENTIS

ANNVENTE DEO
IVSSV ET AVCTORITATE
ILLVSTRIS ICTORVM ORDINIS
PRO LICENTIA
SVMMOS IN VTROQVE IURE HONORES
CAPESSENDI

DIE XXI SEPTEMBRIIS A. MDCCXLI.
H. L. Q. S.

PUBLICE DISPVAVIT
IOANNES PAVLVS TRVMMER
HAMBVRGENSIS.

EX OFFICINA LANGENHEIMIANA
L I P S I A E

Handwritten signature

ILLVSTRI
REIPVBLICAE
HAMBVRGENSIS
SENATV
VIRIS
MAGNIFICIS SPECTATISSIMIS
CONSVLTISSIMIS

PATRONIS SVMMOPERE
COLENDIS

DISSERTATIONEM HANC INAVGVRALEM

D. D. D.

IOANNES PAVLVS TRVMMER.

ILLVSTRI
REIPVBLICAE
HAMVARGENSIS
SENATVS
VIRIS
MAGNIFICIS SPECTATISSIMIS
CONSALTISSIMIS
PATRONIS SVMMOPERE
COLENDIS

DISSEKTATIONEM HANC IN AVGVLEM

D. D. D.

IOANNES PAVLVS TRVMMER

VIRI MAGNIFICI, AM-
PLISSIMI, CONSVL-
TISSIMI,

PATRONI MAXIME VENERANDI.

 *Non fuit mihi hae-
sitandum ; quibus
libellum hunc A-
cademicum religio-
ne deuincerem. Pietas et officium
ad*

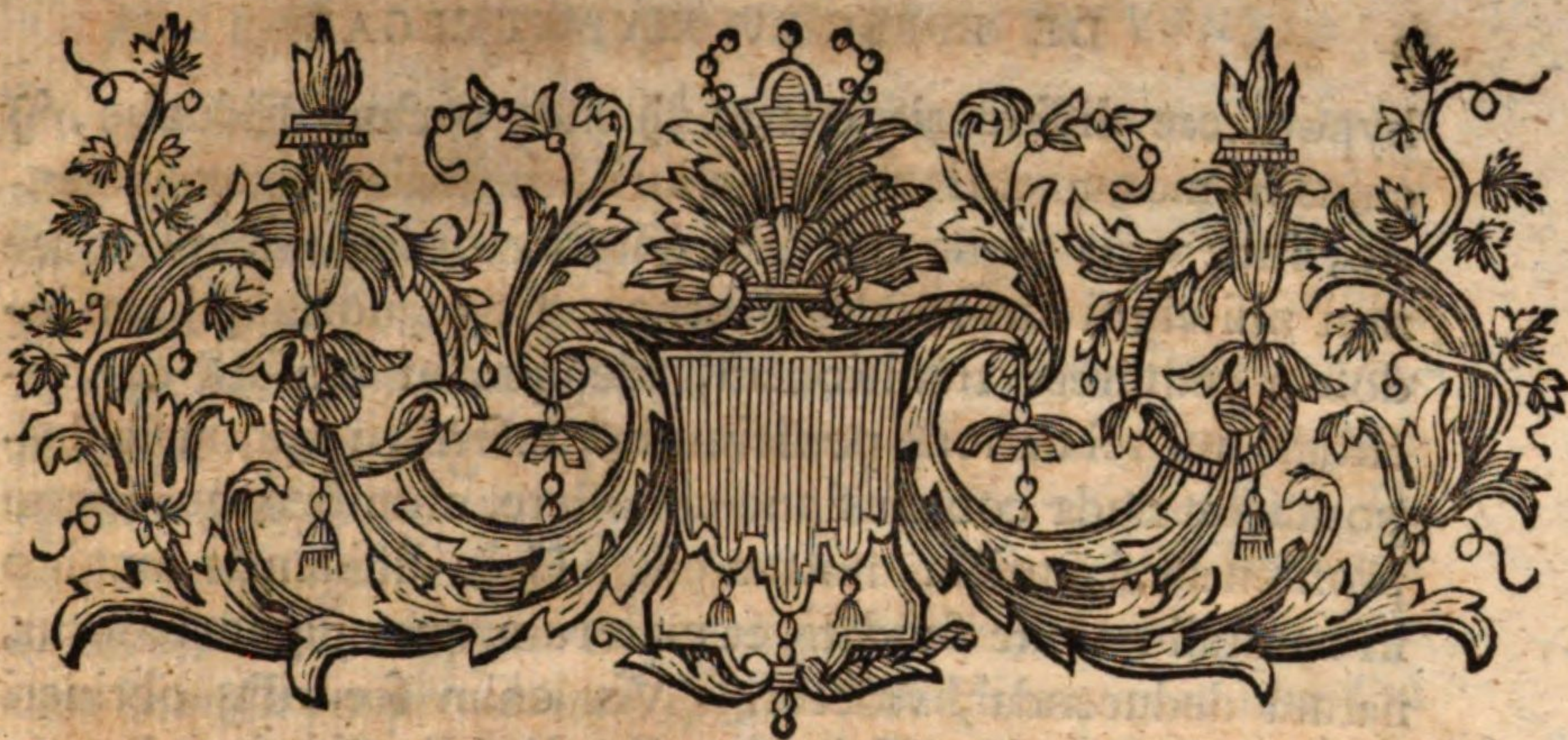
*ad Eos me conuertere iubent, quos
aeque Patriae ciues ac exteri sancte
venerantur, quique suo patrocinio
clientum fortunam validissime tuen-
tur et promouent. Vobis itaque,
PATRES PATRIAE, has
meditationes summa cum reuerentia
exhibere, illasque sub Vestris au-
spiciis euulgare conor. Solidissima,
quam omnes in Vobis mirantur, iu-
rium cognitio, et seuera in iudican-
do iustitia, mihi quidem pertime-
scendi causam praeberere possent, ne
in Vobis iudices nanciscerer, qui
tenuem hunc laborem, vel plane Se in-
dignum, vel saltem passim notandum,
arbi-*

*arbitrarentur. Sed mira, quam
simul seruatis, aequitas, et egregia
in illos, qui ad studium Vobis se
commendandi animum pro virili ad-
iungunt, voluntas, me potius in-
certa spe confirmant, fore, ut cona-
tum meum benigno Vestro favore ex-
cipere, atque huic scripto calculum
adiicere, non dedignemini. Quod si,
ut nullus dubito, euentus respondet
speratis, votorum ex assè compos fa-
ctus mihi videbor. Optimis enim pla-
cuisse, satis est, et maxima gloria:
cum omnium assensus nemini, pluri-
morum haud raro parum merenti,
obtingat.*

DEVS

DEVS vero, qui in Vobis opti-
mum decus et praesidium firmissimum
HAMBVRGO concessit, *AM-
PLISSIMO ORDINI VE-
STRO* Suum antiquum splendorem
in omne aevum conseruet. Tum
Respublica patria salua stabit et in-
columis, mihiq; in Tantis Vestris
Nominibus tot propitia velut Nu-
mina officioso animi obsequio reuereri
et colere licebit. Dabam Lipsiae die
XI. Sept. A. MDCCXLI.





DISSERTATIO IVRIDICA
DE
EFFECTV HYPOTHECAE POST
RESOLVTVM DOMINIUM
CONSTITVENTIS.

§. I



um plus cautionis plerumque in re, quam in persona, esse soleat, ^{a)} pignorum et hypothecae vsus inualuit. Haec credito securitatem conciliandi ratio, non naturali solum iure nititur, gentiumque moribus approbatur; sed Romanis quoque legibus curatius descripta, et ad vitae ciuilis vsum attemperata fuit. Inde pignoris et hypo-

*Hypothecae
indoles et
finis.*

a) Ita PAPINIANVS in l. 25. ff. de R. I. Antefertur pignoratitium ius iis, qui debitoris solum fidem secuti crediderunt, v. l. 9. C. qui pot. in pign. Obstringit ius, quod rem ipsam afficit, quemcunque rei possessorem, nullo licet conuentionis vinculo creditori obligatum, l. f. C. de O. et A. Prudentis ergo est, hac securitatis cautione, inanis actionis fatum euitare.

hypothecae differentia enata; ^{b)} inde pactum Fiduciae, ^{c)} cuius in monumentis antiquae iurisprudentiae occurrit mentio; inde varia pignorum, lege constitutorum, exempla, quae non nisi civili iuri natales debent. Et pignoris quidem indolem requirere traditionem, ideoque in censum contractuum, qui rei datione perficiuntur, referri, e contrario hypothecam nuda conventionione consistere, omnibus, qui legum profitentur scientiam, notum est. Haec differentia omnino in naturali ratione fundata, et ex rerum, quae pignori dantur, natura deducenda, videtur. Vix enim securitas obtineri potest in re mobili, nisi ipsa creditori tradita fuerit. Rerum vero immobilium obligatio longe securior est, et, cum quemvis possessorem obliget hypothecae nexus, traditio creditori nec necessaria, nec semper proficua est. Ipsum namque ad reddendas de fructibus perceptis, iis maxime, qui varia incertaque constant quantitate, rationes obstringit, nisi sibi contracta antichresi ^{d)} prospexerit. Eleganter haec expressit

PVFEN-

b) Conf. omnino BOEHMERI *Diff. de diverso Pignoris et Hypothecae iure*, C. II. et NOODT ad *tit. ff. de pign. act.*

c) Romae olim pignus, aut nuda traditione, aut interueniente mancipatione, pactum Fiduciae, contrahebatur. Innuit hoc PAULVS *Sent. L. II. tit. 5. §. I. et tit. 13. §. I.* Pactum Fiduciae, naturali ratione gentiumque moribus subnixum, v. PVFEND. de *I. N. et G. L. V. C. 10. §. 8.* pignoris dominum per mancipationem ea lege efficiebat creditorem, ut soluta sorte illud remanciparetur. An recte vetusti iuris rationes componant, qui pactum hoc cum lege commissoria confundunt, quod defendit ANT. FABER *Error. Pragm. Dec. XXI. C. 1.* aliis diiudicandum relinquo. Erat fiduciati pignoris is praecipuus effectus, ut creditor illud vindicare posset iure domini, damnatus vero Fiduciae iudicio ob fidem non seruata infamis redderetur, v. NOODT, *Obs. L. II. c. 7. et 8.* Rarior postea Fiduciae in pignore vsus, introducta actione hypothecaria, tandemque cum mancipationum solemnibus a Iustiniano abolita est. V. CONRADI *dissertt. II. de Pacto Fiduciae.*

d) Solet enim pignorum obligatio, ut in aliis contractibus moris est, per pactiones adiectas varie determinari. Sic olim frequens pacti commissorii vsus in pignore erat, quod ad subleuandos debitores CONSTANTINVS M. in *l. f. C. de pactis pign.* sustulit. Aliud exemplum sistit pactum antichreticum, quo hypothecae non possessio solum, sed fructuum quoque perceptio, loco usurariae praestationis transfertur. *l. 17. C. de usur.* Solet etiam aliquando constitutum possessorium contractui

PVFENDORFFIVS,^{e)} solet, inquiens, ius Romanum distinguere inter pignus specialiter sic dictum et hypothecam: quorum illud constituitur rei traditione, haec autem constat nuda assignatione boni alicuius, potissimum immobilis, ex quo, solutione non facta, suum nancisci possit creditor. Nam res mobiles nuda hypotheca obligari inconueniens est, cum facile possint remoueri, et sic creditori nequeant securitatem praestare. Et paulo post: Igitur sufficiebat, rem immobilem designari, qua creditori caueatur, quae neque auferri, et in quam per iudicem immissio semper obtineri, possit. Sed licet, quae iure Latii prodita est, inter pignus et hypothecam differentia, nec hodie omni destituatur effectū; extra limites tamen diuagarer, si illis enodandis diutius inhaererem. Sufficit mihi in limine opusculi notasse, pignus et hypothecam producere ius rem ipsam afficiens, et quemuis rei possessorem, siue traditio intercesserit, siue minus, ^{f)} ad soluendum debitum obligans: ita ut eo sensu MARCIANVS ^{g)} recte dicat, *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonum differre.*

§. II.

Pignore constituto parum consulitur creditori, nisi debito non soluto pignus alienari queat. Haec vero alienandi *Hypothecam non constituit nisi dominus.*
facul-
A 2

Etui pignoratitio adiici, vi cuius res pignorata a debitore vel conducitur, vel precario retinetur, l. 35. §. 1. ff. de pign. act. de quo pacto prostat elegans diss. Viri Conf. IO. WEND. NEVHAUS, sub praesidio Viri Illustr. GOTFR. MASCOVII, Fautoris nostri maxime suspiciendi, Harderouici 1733. habita.

e) V. EIVS l. V. de I. N. et G. c. 10. n. 16. Eadem quoque continentur in §. 7. Inst. de Act. l. 9. §. 2. ff. de pign. act. l. 238. §. 2. ff. de V. S.

f) Potest ius reale, si naturalem iusti regulam sequimur, etiam sine traditione, ex solo pacto, uti dominium, acquiri: id quod breuiter quidem, sed solide docet, GROTIUS de I. B. et P. l. II. c. 8. §. 25. Huic sententiae calculum quoque adiicit STVRMIUS in diss. de vacua possessione ad dominium transferendum non necessaria. §. 5. Hinc traditio in hac obligationis specie magis consilii est, quam necessitatis. Nec solida ratio vrget, ut cum quibusdam hypothecam ius pignoris fictum appelles. Prudenter ergo Statuto Hamburgensi P. II. tit. 4. art. 2. cautum est, ne pignus in re mobili absque traditione contractum, a tertio vindicari queat. Idem sancitum in O. P. Sax. Recogn. ad tit. 44. §. 2.

g) l. 5. §. 1. ff. de pign. add. §. 7. I. de Act. l. 13. §. 3. ff. de pign.

facultas soli domino competit, nemoque ius in alium transferre valet, quo ipse destituitur. Inde itaque certissima consequitur regula, quae hypothecae constitutionem ad effectus proprietatis refert, nec, nisi dominum, vel eius mandato instructum, ad rem alienam obligandam admittit. ^{h)} Et sic facili negotio colligitur, quantum potestatis in hac causa concedendum sit ei, cui vniuersorum bonorum administratio permissa est, pecunia cumprimis credita in rem domini versa. ⁱ⁾ Idem ius obtinet, si actor ciuitatis, cui bonorum, ad rempublicam spectantium, cura demandata est, mutuo accepto, rem vniuersitatis obligauerit. ^{k)} Nec alia est ratio tutorum et curatorum. Licet enim, dum tutelam gerunt, res pupillorum velut domini ^{l)} administrent; non tamen, nisi rite probata vtilitatis causa, et interueniente decreto, eas, si immobiles sunt, ^{m)} hypothecae supponunt. Ex dictis quoque elucescit, quo sensu tritum illud, et ab interpretibus satis euolutum dogma, de valore pignoris, in re aliena constituti, accipiendum sit. Numquam scilicet rei alienae pignus in praeiudicium domini valet: quin potius creditor, actione hypothecaria contra tertium agens, rem in constituentis bonis fuisse, probare tenetur; ⁿ⁾ licet, quae inter debito-

^{h)} l. f. C. *de rebus alien. non alien.* l. 54. de R. I. In eum quoque sensum rescripserunt AVGVSTI in l. 6. C. *Si alien. res pign. dat. sit.* Si tamen res aliena oppignorata et tradita, atque debitum in vtilitatem eius, cuius res est, versum fuerit, creditori ius retentionis datur, donec ipsi satisfactum sit. Exemplum exhibet SCHILTERVS exerc. 33. §. 45.

ⁱ⁾ Quid hic iuris sit, determinant IMPERATORES in l. 1. C. *Si alien. res pign. dat. sit.* Conf. etiam l. 11. §. f. et l. 12. ff. *de pign. act.*

^{k)} V. l. 11. ff. *de pignor.* Non enim obligatur ciuitas ex facto administratorum, nisi pecunia in eius vtilitatem versa, l. 27. ff. *de R. C.*

^{l)} IULIANVS in l. 7. §. 3. ff. *pro Empt.* ait: *Tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat.*

^{m)} Laxior forte tutoribus in rebus mobilibus obligandis facultas tribuenda est, ducto a potestate alienandi argumento. V. l. 10. et 11. §. f. ff. *de pign. act.* l. 11. C. *de praed. min.* l. 22. C. *de adm. tutor.* Omnimodam rerum mobilium alienationem iis permittit Statutum Hamburg. Part. III. tit. 6. art. 17.

ⁿ⁾ l. 6. C. *Si alien. res pign. dat. sit.* l. 1. et 3. ff. *de pign.*

bitorem et creditorem intercessit conuentio, effectu non destituatur. ⁿⁿ⁾ Ceterum facile largior, rei alienae obligationem ex aequitate conualescere, ^{o)} si res in dominium eius, qui hypothecam constituit, postea perueniat, aut verus dominus ratihabitione, quippe quae vim habet mandati, interposita, in commodum creditoris suo iure cedat.

§. III.

Non vero ad perpetuam pignoris durationem sufficit, aliquem esse dominum rei hypothecae suppositae; sed requiritur etiam, vt liberam bonorum suorum habeat dispositionem, vtque ius, quo res ipsi propria est, durare, et in alios transmitti possit, ^{p)} nec casu quodam superueniente forte expiret. ^{q)} Quid itaque cuique in re sua liceat, optime intelligitur, domini indole, diuersisque eiusdem speciebus cognitis et paullulum excussis: idque vt fiat, eo magis instituti ratio vrget, quo plus lucis cognita domini indoles doctrinae de resolutione proprietatis affundit. Quam tractationem vt paucis absoluam, suppono, primarios proprietatis effectus consistere in iure de re libere disponendi, et eam a quocunque vindicandi possessore, omnemque ex illa utilitatem percipiendi, nisi vel lex vel conuentio vel vltima voluntas ius domini restringat, et certis velut cancellis includat. Et haec limitatio ansam dedit vulgatae de Dominio *pleno, directo et utili*, doctrinae, multis alioquin interpretum dissensionibus obnoxiae, quas hic componere ab instituto alienum

A 3

vide-

ⁿⁿ⁾ Creditori enim rem contra debitorem actione hypothecaria persequi liberum est: cum hic sine turpitudine excipere nequeat. Interea creditor, quam primum probat, rem pignori datam esse alienam, licet necdum alius ea de re ipsi controuersiam moueat, potest experiri contrario pignoratitio iudicio, vt res alia detur, l. 9. pr. l. 16. §. 1. et l. 32. ff. de pign. act. l. 38. ff. de euiet.

^{o)} V. l. 5. C. d. t. et BACHOVIVM de Pign. L. II. c. 4.

^{p)} Recte solent in hac causa ab alienatione prohibita ad pignoris constitutionem concludere. v. l. fin. C. de reb. alien. non. alien.

^{q)} Exemplum est in fundo dotali, de quo v. l. vn. C. de R. V. A.

videtur. Sed cum mores Gentium non minus, quam Latini iura, has dominii species firment exemplis, ¹⁾ totusque legem clientelarium ambitus, illas ipsis rerum argumentis adstruat, nec silentio praetermittendas esse putavi. Solebant enim Quirites praedia culta incultaue sub lege meliorationis, praestandique canonis annui, in ciues transferre. Quae conuentionis species cum inter locationem emtionemque velut fluctuaret, propriam eius naturam esse voluit ZENO, ²⁾ Imperator. Cumque in possessores fundorum vectigalium non nudum vsumfructum, sed et ius vindicandi, et aliqualem disponendi facultatem translata fuisse, ipsae leges ³⁾ loquan-

1) Illa occurrunt in l. 1. §. 1. ff. *si ager vectigal.* l. 1. §. 3. ff. *de Superf.* l. 73. et 75. ff. *de R. V.* vbi iis, qui in perpetuum fundum fruendum, vel ad modicum tempus superficiem, conduxerunt, Praetor causa cognita in rem actionem pollicetur. Verum quidem est, notissimam hanc dominii diuisionem ipsis legum verbis non tradi; sed, quod verba non definiunt, res ipsa et maximus fori vsus supplet. Sine ratione itaque CUIACIUS Lib. XI. obs. 35. eos magno errore labi putat, qui dominium aliud directum aliud vtile faciunt. Diuisio enim, quam affert, in dominium ciuile et naturale, rem non conficit, ac longe alios conceptus format. Ei quidem patrocinari videtur l. 5. §. fin. ff. *Commod.* vbi VLPRIANVS duorum in solidum dominium esse non posse asserit. Sed, licet concedam, duorum in vna eademque re plenum et perfectum dominium esse non posse, restrictum tamen totius corporis pro indiuiso, vt ipse adiungit VLPRIANVS, duo habere possunt, alter scil. directum, alter vtile. In sententiam itaque HORNII, qui in *iurisprud. feud.* cap. II. §. 8. hanc diuisionem dominii strenue defendit, transeundum duco. Dissidentes quoque copiose refutat FRANTZKIUS de *Laudem.* Cap. XIV. n. 8. seqq. Appellatio vero domini directi orta videtur a Germ. *Der rechte Herr*; utilis ab utilitate, quam omnem percipit. V. HEINECCIUS ad ff. *tit. de R. V.* §. 79. in not.

2) v. §. 3. l. *de locat. conduct.* et l. 1. C. *de iure emphyt.* Quomodo vero olim Romani agros vel militibus, vel inopi plebi, vel gentibus in dedicationem acceptis, sub annuo vectigali colendos reliquerint, ex veterum scriptorum monumentis sedulo eruit PETR. BURMANNVS in *diff. de Vectigalibus* cap. I.

3) IVSTINIANVS Imp. in l. 3. C. *de iure emphyt.* disponit, licere emphyteutae, etiam non consentiente domino, ad alios suum ius vel emphyteumata transferre, si dominus nec pretium, quod emphyteuta promeliorationibus ab alio accipere potest, dare, nec nouum emphyteutam vel emtorem meliorationis suscipere vult, et attestatione facta intra duos menses hoc facere superfedet.

loquantur; inde iurisperiti diuifum velut inter dantem emphyteufin et accipientem dominium deprehendentes, directi atque vtiles dominii nomine hanc iurium diuerfitatem indigitarunt. Idem vfu venit in praediis, quae maiores nostri militibus et palatinis ftipendii loco dare solebant. Initio quidem natura feudi intra iuris vfufructuarii limites tantum confiftebat; poftea vero, introducta fucceffione feudali, et indulta laxiore de eodem disponendi facultate, pinguius vafallis ius obuenit. ^{v)} Audita quoque eft in legibus curiisque clientelaribus dominii directi vtilesue appellatio, hodie fatis nota, qua proprietatis communio, quae inter dominum et vafallum intercedit, significatur.

§. IV.

Haec dominii directi et vtiles discrimina varios egregiosque effectus produxerunt, quibus ordine recensendis hic non immorabor: notatu potius digna videtur infignis illa inter vsumfructum et utile, quod vocant, dominium diuerfitas. Licet enim concedatur, quod copiofe adftuere laborat SCHILTERVS, ^{vv)} iuris Germanici antiquioris monumenta nonnunquam ius fructuum percipiendorum ea ratione definiiffe, vt quam proxime ad dominii reftrecti fpeciem accefferit; vix tamen eo argumento aliquem puto induci, vt diuerfam vfufructus et dominii vtiles indolem, quam iuris communis analogia defendit, Germanorum legibus inftitutisque aduerfam credat. Interelt ergo quam maxime, meram percipiendi fructus commoditatem a communi ipfius proprietatis dominio difiunxiffe, inprimis cum ratione hypothecae, prout vel a domino vtile, vel ab vfufructuario, conftituta fuerit, memorabilis differentia occurrat. Ille enim, ab

Differt dominium utile ab vfufructu.

v) Multis folidisque argumentis probat hoc Illuſtr. IO. PETR. A LVDEWIG in *iure clientel.* Sect. II. cap. 2. not. f. et g. p. 123. ſqq.

vv) V. EIVS *Praxin. Iur. Rom. in for. Germ. exerc.* 17. fere tot. et inprimis §. 19. A SCHILTERO tamen diſſentit, eique dubia mouet vix ſolueda Dn. A LVDEWIG *loc. cit.* Sect. II. cap. 2. not. c. p. 120. ſqq.

ab ipsa rei proprietate participans, rem, consensu domini directi requisito, valide alienat, ^{x)} et nexui hypothecario semper efficaci subiicit, non quidem vt mandatarius, sed vt verus dominus, qui iure in re radicato gaudet. Deinde etiam in re ipsa et circa illam, citra eius alienationem et obligationem, omnia, quae sibi expedire arbitratur, liberrime, et interdum domino contradicente, peragit. Sic rem pro lubitu mutat, ^{xx)} vtendi fruendi modum, vt placet, instituit, et motas sibi lites pactis conuentis componit, id tamen semper respiciens, ne domino directo damnum inde obueneat. Tantos autem dominii effectus exercendi potestas usufructuario vel plane denegatur, vel in eo multis modis restringitur. Denique ratione transmissionis in heredes domini utilis conditio multo fauorabilior, quam usufructuarii, deprehenditur. Quamquam enim succedendi modus pro rebus circumstantibus nonnumquam in feudo et emphyteusi diuersus reperitur; expeditum tamen est, dominium utile ad legitimos heredes transire: cum e contrario vfusfructus morte eius, cui concessus fuit, regulariter finiatur. ^{y)} Praecipuum autem, quod ad utilis dominii naturam intelligendam facit, spes consolidationis cum dominio directo constituit. Eum enim modum leges moresue, qui hanc dominii speciem probant, generatim obseruant, vt heredibus, quos lex aut pactum ad successionem vocat, deficientibus, vel si possessor, rem sub lege fidelitatis tenens, contra dominum directum deliquerit, et violatae fidei reus factus fuerit, utile dominium ad concedentem, iure possessoris penitus extincto, iterum reuertatur.

§. V.

*De dominio
reueabili.*

Quod autem ad dominii pleni perfectique naturam attingit, illud quidem perpetuum ius possessori addicit; accidit tamen, vt interdum vrgente legis auctoritate, aut conuentio-

nis

^{x)} I. Feud. 13. II. Feud. 9.

^{xx)} II. Feud. 8. §. 1. II. Feud. 28. §. Si vassallus.

^{y)} l. 3. §. 3. ff. Quib. mod. vfusfr. vel vf. amitt.

nis formula, illud resoluatur. Reuocabilis enim, aut temporarii, dominii exempla vno plura leges nostrae suppeditant. Vt taceam, spem consolidationis, quae ex causa caducitatis et aperturae nascitur, efficere, vt utile dominium in hunc censum referri debeat, quis nescit, reuocabilis dominii species occurrere, quoties aut reuocari potest donatio, aut praedium dotale, soluto matrimonio, restituendum est, aut fundum venditum ex iure gentilitatis retrahere licet? Sic casus legis commissoriae, pactiue, quo in diem res emptori addicitur, huc pariter spectare, iuris peritum non latebit: de quibus, vt et de nonnullis aliis, in tractationis progressu pluribus agam. Et haec solidior dominii reuocabilis consideratio me induxit ad diffensiones interpretum diligentius explorandas, quas in aestimando valore hypothecae deprehendebam, si forte contingeret, rei suppositae proprietatem a constituyente auocari, ipsiusque ius penitus extinguere. Vulgata quidem occurrit regula, ^{yy)} qua resolutio iure dantis resolui ius accipientis asseritur; sed hanc ad superandos scopulos, fluctusque diuersarum sententiarum compescendos, solam non valere, post aliorum industriam ARNOLDVS VINNIVS ^{z)} demonstrauit. Eo mihi dignior haec tractationis causa videtur, quo plura sunt iuris nostri capita, quibus illustrandis illa inseruit. Accedit frequens fori vsus, his meditationibus gratiam forsan lectorum conciliaturus. Eum vero meditationum sequar ordinem, vt praemissis decisionum specialium fontibus, collectisque principiis, casus inualidae, validaeque hypothecae, si constituentis dominium resolui eueniat, exponam.

CAP. I.

yy) Formauit illam BALDVS, l. Crus quondam famigeratissimus, ex L. 31. ff. de pign.

z) In select. iur. quaeft. Lib. II. c. 5.

DE
MODO ET EFFECTV RESOLUTIONIS
DOMINII GENERATIM.

§. VI.

Regula, cuius facta est mentio, quod resoluto iure dantis resoluatur et ius accipientis, non quidem omni exceptione caret; cum tamen usu suo non destituatur, multumque lucis rebus iam pertractandis affundat, eam accuratius perpendisse iuuabit. In iure versati non ignorant, hoc axioma neutiquam conceptis legum verbis expressum deprehendi, sed ex illarum sententia et casibus, hinc inde decis, esse petitum. Cuius generis regulae, Interpretum solertia productae, tantum abest, ut reiici mereantur, ut valeant potius, officiumque praestent minime spernendum, modo solido veritatis fundamento et iuris analogia nitantur. De quo ut etiam quoad regulam hanc constet, generatim praemitto, voce resolutionis ^{zz)} interitum actus alicuius et iuris constituti, indeque ortae obligationis, denotari. Hunc significatum aperte firmat GORDIANVS, ^{a)} dicens: *Pro ea parte, qua resolutum est testamentum, neque legata, neque fideicommissa debentur.* Idem voluisse videtur NERATIVS, ^{aa)} *Illud plane, inquiens, conuentione, quae pertinet ad resoluendum id, quod actum est, perfici non potest, ut tu, quod iam ego tibi praestiti, contra praestare mihi cogaris.* Sic donatio, ob non seruatum pacti fidem resoluta, quam speciem ALEXANDER ^{b)} memorat, ita interit, ut non iniquum sit, actionem conditionis ad

De proprio
 significato vo-
 cis resolutio-
 nis.

zz) Alio sensu MODESTINVS in l. 10. ff. de pollicit. resolutionis vocabulo utitur. Ibi enim usuras semissales resolvere, idem est, ac eas soluere. Hunc quoque significatum verbo resolvere tribuit CUIACIUS Lib. IX. obs. 26. in fin.

a) In l. 13. C. d. inoff. test.

aa) In l. 58. ff. de Pact.

b) In l. 2. C. de condict. ob caus. dat.

ad repetitionem rerum donatarum tibi, qui patri, donanti scil. successisti, decerni. Hic vero interitus in contractibus, cum pacto resolutiuo celebratis, dupliciter contingere potest, resolutione vel *ex tunc* vel *ex nunc* procedente; vti rem certissimam barbara locutione efferre glossatores amant. Resolui contractus dicitur *ex tunc* si dominium in alterum, v. c. emptorem, translatum ipso iure ad venditorem reuertitur, et emptor statim dominus esse desinit. Hoc fit, si adiecta conditio, quae iam existens contractum rumpit, verbis, vt vulgo vocant, *directis* concepta fuerit, seu, quod eodem redit, si expresse dictum, hoc vel illo casu eueniente rem prorsus inemptam esse debere. ^{c)} Et tum pro eo habetur, ac si numquam dominium rei venditae a venditore discessisset, atque ab initio nihil actum fuisset. Propterea quidquid iuris in ea re intermedio tempore constitutum fuerit, illud totum intercidit, et omnes fructus, quos forte emptor percepit, restituendi sunt, licetque venditori rem a quocunque vindicare possessore. ^{d)} Longe aliter comparata est resolutio *ex nunc*. Illa enim eodem tempore contractum rescindit, quo venditor eum tolli ac annihilari petit, omnibus interea gestis valida manentibus, et fructibus perceptis in commodum emptoris cedentibus. ^{e)} Haec resolutio vt locum inueniat, requiritur, vt contrahentes conditionem exprefferint verbis, vt aiunt, *obliquis*, ^{f)}

De resolutione ex tunc et ex nunc.

Effectus verborum directarum et obliquorum.

B 2 seu

- c) V. l. 2. ff. d. leg. commiss.
- d) V. l. 4. C. d. pact. inter empt. et vend.
- e) Arg. l. 2. C. d. t.
- f) Veluti, si vti fuerint his verbis: *Vt res ab emptore reddatur, seu, ad venditorem reuertatur*, v. l. 3. C. d. pact. inter empt. et vend. In genere vero notandum est, in dubio tantum secundum eiusmodi formulas iudicari. Quapropter, si antecedentia et consequentia satis voluntatem contrahentium declarant, verba secundum haec attemperanda sunt. Nam verba intelliguntur secundum mentem et voluntatem proferentis, arg. l. 191. ff. d. R. I. et iustum est, voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem, inspicere, vt IUSTINIANVS rescribit in l. fin. C. Quae res pign. obl. poss. add l. 3. C. de liber. praeterit. Negandum tamen non est, cum paciscentium mens omnium optime ex verbis elucescat, diuersas ab illis adhibitas formulas nonnunquam probe esse attendenda.

seu iis, quae factum nouum ^{g)} supponunt, sine quo contractus ad priorem causam nequeat redire.

§. VII.

De negotiis,
quae non re-
solvuntur.

Ex dictis indoles resolutionis diuersa, pro modo nempe, quo contingit, luculenter apparet. Hinc nasci videtur eius diuisio in *totalem*, quae et actum ipsum, et ius ex eo possessori obueniens, annihilat; atque in *partialem*, quae validitati ipsius negotii usque ad tempus praestitutum nihil detrahit, sed ab impleta demum conditione ius possidentis infringit. ^{h)}

Si

tendendas. Varium quoque significatum formularum, apud Quirites usitatarum, probant tot exempla in legibus obuia: de quibus conf. BRISONIVS de *Form.* Lib. VI. p. m. 505. Id, quod iuris interpretibus ansam dedit, distinguendi verba in *directa* et *obliqua*. Illa, si in ipsam contractus nullitatem tendunt, eum retro nullum efficiunt, et dominium sola conditionis resolutionis existentia ad priorem dominum redit. V. FACHIN. l. 2. *controuers.* cap. 15. Haec, cum per consequentiam velut rei restitutionem et contractus dissolutionem iniungant, negotium non tam dissoluunt, quam obligant possessorem ad rem restituendam, sed in eo tantum statu, quo est tempore faciendae restitutionis. V. Celeb. HEINECCIUS ad tit. ff. de *Additione in diem* §. 271. Vnde sequitur, ea, quae medio tempore a domino in re gesta sunt, virtute domini rata manere, salva forsan actione ad interesse, ei danda, cui restituenda res est. Conf. CARPZ. P. II. *Const.* l. def. 18. In sententiam itaque Illustr. BOEHMERI ire non possum, qui in diss. de *verbis directis et obliquis* §. 30. sqq. huic distinctioni omnem denegat usum, hancque verborum efficaciam immerito magicam appellat: cum non tam natura verborum, quam contrahentium voluntas, verbis expressa, hoc discrimen operetur. Nec per verba directa hic intelligenda sunt illa solemnia, quibus Romani in stipulatione et verborum obligatione uti solebant; sed eiusmodi, quae mentem contrahentium clare indicant. Conf. IAC. CAIMI, *Vtinensis, Lucubrationes varias* pag. 214. n. 43. sqq.

^{g)} Ita rem optime expressit STRYKIVS in *Vsu Mod.* Lib. XVIII. tit. 1. §. 32. sqq. Resolutio enim contractus, in quo verba obliqua adhibita fuerunt, non procedit, priusquam partes voluntatem suam declarauerint, an velint iam conventionem resolui, nec ne. Et haec declaratio, coniuncta cum restitutione rei, a parte possessoris, est factum illud nouum, de quo sermo est, ac cuius exempla videmus in additione in diem et lege commissoria. Eleganter ergo ICTUS in l. 4. §. 2. ff. d. *leg. commiss.* scribit: *Statim atque commissoria lex est, statuere venditor debet, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere.*

^{h)} Nec hanc diuisionem leges expressis verbis tradunt: sed ipsa rei natura eam docet.

Si igitur resolutio denotat interitum, vel actus totius, vel iuris inde resultantis, consequens est, significatum illius I) ad negotia imperfecta extendi non posse. Nam, cum haec, ob deficientem vnius vel alterius partis consensum, nondum confecta sint, ideoque nullum adhuc ius producant; sua sponte liquet, in illis neque actum aliquem perfectum resolui, neque ius quoddam adeptum posse annihilari. Sic contractus, sub conditione suspensiva initi, i) in censum conventionum imperfectarum merito referuntur: quoniam vis eorum ac obligatio a conditionis existentia demum pendet. Hi itaque, conditione deficiente, proprie non resoluuntur, sed prorsus non existisse dicuntur: cum dominium apud eum, qui illud ab initio habuit, permanferit, nec vllum ius in re alteri natum fuerit. Porro fallunt et falluntur, qui II) translationem domini in alium pro resolutione iuris, quod transfertur, venditant. Quando enim ius alii cedimus, tantum abest, vt illud resoluatur, vt potius omnino continuetur, et subsistat, nouusque possessor transferentis iure vti, et in illud succedere, recte asseratur. Quo enim effectu cederetur ius, quod ipsa cessione exspiraret? certe inani. Hoc optime perspexit FABER, *Dominium*, inquiens, k) *haberi non potest, nisi continuatione aut acquisitione*. Nec denique est, quod III) contractum perfectum quidem, sed post mutuo dissensu rescissum, proprio sensu dicas resolutum, si re non amplius integra, seu contractu iam impleto, receditur. l) Nam licet

B 3

legum

i) Non incongrue conditio dicitur vel resolutiua vel suspensiva. Illa actum aliquem sub futuro resoluit euentu. l. 2. ff. de *in diem addict.* l. 1. ff. de *leg. commiss.* Haec perfectionem actus, ideoque ius inde proueniens, suspendit, ita, vt tantum spes sit, debitum iri, §. 4. l. d. V. O. l. 7. pr. ff. d. *contrah. emt.* l. 43. §. 9. ff. d. *Aedil. edict.* l. 16. §. 5. ff. d. *fideiuss.* l. 19. d. *constit. pec.* l. 13. §. 5. ff. de *pign.*

k) In *Coniect.* Lib. XIV. c. 20.

l) Quae hic allata sunt, ad contractus imprimis consensuales pertinent. Solent vero Doctores duplicem sibi fingere casum, et ductu §. fin. l. *quib. mod. obl. solu.* distinguere, an partes a contractu, posteaquam iam adimpleretur fuerit, discesserint, an eundem verbis vel scriptis quidem, absque traditione tamen, perfectum reliquerint. Priori casu recte statuunt, nouum

legum interpretes hoc communiter de contractu cum pacto de retrouendendo inito praedicent, eumque contractibus sub conditione resolutive celebratis annumerent; ^{m)} re tamen exactius ponderata, eos translationem iuris ex nouo consensu quaesiti cum resolutione confundere, certum est. Tum enim solum contractus dicitur resolui, quando adest causa, resolutionem produciens, quae, vel ab initio conventionis ex pacto contrahentium, vel vi legis, negotio inerat. Cum vero mutuo dissenso a contractu discedimus, nouum omnino geritur negotium, cuius causa neutiquam in priore contractu latet. Si ergo, quod res est, fateri licet, contrario pacto ⁿ⁾ dominium emptione quaesitum, numquam resoluitur, sed idem de nouo in primum dominum transfertur, et praecedens contractus usque eo valorem suum retinet. Et sic vera resolutio supponit, totum, ex quo dominium acquisitum est, corruere negotium, simul cum omnibus suis effectibus: mutuo autem consensu, si a contractu receditur, rata sunt omnia, quae intermedio tempore suscepit possessor.

§. VIII.

*Expenditur
sententia de
resolutione ne-
cessaria et vo-
luntaria.*

Iam, quid dicta regula in hac, de qua agitur, causa valeat, videndum. Primo statim loco deprehendo, magnum agmen interpretum a veritatis via aberrasse, nubemque pro lunone esse amplexum, inter resolutionem domini *necessariam* et *voluntariam* distinguendo. ^{o)} Sed quantis difficultatibus haec hypothesis prematur, iam dudum, ut ex multis vnum tantum, sed classicum adducam testem, obseruauit VIN-
NIVS.

nouum plane iniri contractum l. 58. in fin. de Pact. posteriori, prius negotium resolui, l. 2. et l. 5. §. I. ff. d. resc. vend. et l. 1. C. quando lic. ab emt. reced. Casus vero posterior ad praesentem tractationem plane non pertinet, quia ob non translatum dominium ab emtore nondum constitui potuit hypotheca.

m) Vt fecit NEGVSAIVS in tract. de Pign. P. V. m. 1. n. 44.

n) Quale est pactum poenitentiae, v. l. 3. in fin. ff. quib. mod. pign. solu.

o) Hanc sententiam multi profitentur, ut, ANT. FABER de error. pragmat. decad. XXIII. err. 2. alique.

NIVS. P) Putant vero, qui sententiam hanc profitentur, in alienatione voluntaria rem transire cum suo onere, ⁹⁾ fecus ac in necessaria, et propterea in illa hypothecam, tamquam onus rei inhaerens, valere, etiam post resolutum constituentis dominium, non vero in hac. Sed haec distinctio nihil in recessu habet, nulloque solido nititur fundamento. Res potius cum suo onere, si hoc iure impositum est, omni casu ^{r)} transit, nec vnumquam attenditur, vtrum alienatio ex libera voluntate, an necessario, fuerit facta. Ea enim iurium et obligationum realium est indoles, vt semper rem sequantur. Nec deinde adhuc satis expeditum est, quae sit resolutio necessaria aut voluntaria, auctoribus huius opinionis necessariam pro voluntaria venditantibus. Id quidem arbitror hodie omnes concedere, resolutionem, quae ex lege ^{s)} fit, esse necessariam; sed non minus illa, quae ex pacto, vel translationi fundi vel constitutioni hypothecae adiecto, procedit, indubitate pro necessaria habenda est: quoniam, quae ex pacto fluunt,

p) loc. supra cit. Quando tamen obligationis, cui res subiacet, valor ab arbitrio possidentis pender, distinctio haec reiicienda non est. Voluntaria enim alienatione venditor declarasse videtur, se obligationem priorem tollere voluisse. Exemplum prostat in re legata, et a viuo testatore alienata §. 12. Inst. de Legat. Sed quando contrahendo alteri ius in re constitutum fuit, sola possessoris alienatio, siue necessario siue sponte suscepta, tertio, ius reale iam habenti, amplius non nocet.

q) Onus est omne id, quod rei quoquo modo incumbit, et quemuis eius possessorem actione in rem obligatum reddit. Exempla habentur in l. 35. §. 1. ff. d. Donat. l. 3. et ll. sqq. ff. quib. mod. pign. solu. l. 2. C. d. annon. et trib. aliisque.

r) V. l. 67 ff. de contr. empt. vbi POMPONIVS, Alienatio, inquit, cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset: Idque toto iure ciuili ita se habet, praeterquam si aliud nominatim sit constitutum. Conf. MEVIVS Decis. Part. III. d. 321. n. 13. et P. IV. d. 162. n. 7. et 9.

s) Vt in redhibitione, et rescissione ob laesionem enormem. Putauit quidem BARTOLVS, et nonnulli, qui eum sequuntur, in his exemplis obtinere resolutionem voluntariam. Sed pro voluntario haberi non debere, ad quod praestandum iudicio conueniri et vrgeri possumus, tametsi alterius rei praestatione nobis liceat defungi, optime docet VINNIUS loc. cit.

fluunt, eundem cum iis, quae lex iniungit, effectum sortiuntur. Dixeris forsan, dari tamen casus, ubi resolutio ex pacto est voluntaria, ut si res post constitutam hypothecam nouo contractu pactoue in priorem dominum transfertur. Sed cum in eiusmodi casibus nouum plane negotium geratur, illi ad statum controuersiae et causam resolutionis, ut modo ostendi, non pertinent. Sic igitur resolutio, siue ex lege siue ex pacto fiat, semper est necessaria.

§. IX.

Refellitur hypothesis de hypotheca, tamquam iure potentiore.

Datur et alia, a nonnullis Ictis ^{t)} assumpta, sed non firmiori talo nitens, hypothesis, qua, resolutio dominio hypothecam non resolui, arbitrantur. Speciem quidem aliquam prae se fert ratio, quam allegant, quod scilicet ius in re, quale est hypotheca, fortius et potentius ^{v)} sit iure ad rem, ex pacto vel lege quaesito, ex quo domini resolutio proficiscitur. Sed suis quoque, iisque maximis, haec sententia premittitur incommodis. Primo enim omni casu hypotheca valeret, et omnium legum vis et auctoritas euanesceret, quae post resolutum constituentis dominium aliquoties hypothecam extinguere tradunt, et de quibus infra pluribus agendum erit. Deinde admissa etiam hac hypothesis, non tamen, quid in quibusdam casibus statuendum sit, satis constat. Quando enim aequae potens ius, v. g. dominium directum, cum iure hypothecario concurrat, semper dubium videri potest et incertum, quodnam ex duobus sit praefendum. Denique haec opinio plane locum non inuenit, si hypothecam consti-

t) Haec sententia auctorem agnoscit BARTOLVM. V. FACHINEVS *controuers. iur.* cap. 23.

v) Ius in re potentius et praestantius esse dicitur iure ad rem, quia per illud ipsa res nobis est obnoxia, et hinc actio in rem contra rei possessorem datur, licet nullum cum eo, aut eius auctoribus, gestum sit negotium: cum id solum spectetur, quod rem detineat. §. I. I. d. Act. l. 25. ff. d. O. et A. Ex iure autem ad rem oritur solum actio in personam obligatam, etiamsi ratione alicuius fundi, obligatio contracta sit, l. fin. §. I. ff. d. contr. emt. Conf. GERH. FELTMANNVS de iure in re et ad rem, cap. II. et 27.

constituens conditionatum tantum dominium habuit, hocque resolutum fuit: id quod contingit, si contractus dominii translatius retro nullus redditur, et ideo dominium non translatum fingitur. Illo enim casu tota iuris hypothecarii genesis simul cum dominio resoluitur, cum illud ab hoc vires suas accipiat, nemoque plus iuris in alium transferre possit, quam ipse habet. ^{x)} Et sic apertum est, nec hac hypothese regulam illam de resolutio iure accipientis post resolutum ius dantis euerti: quam tamen non omni exceptione vacare saepe dictum est. Nec porro propterea non vniuersalis est, quod, vt VINNIVS ^{y)} putat, alioquin nulla non alienatione rei necesse esset, pignus finiri. Nam translationem veram et alienationem cum contractus resolutione confundit: quas tamen toto coelo differre modo ostendi. Regulae vniuersalitatem, casuum potius, quibus contingit resolutio, et causarum, quae eandem operantur, diuersitas infringit. Id quod nunc generatim demonstrandum, et ex subiectis exemplis plenius probandum est.

§. X.

Vt ergo constet, quando in hypotheca resolutio iure dantis ius accipientis resoluatur, casus quam exactissime proponendi et distinguendi sunt. Quod si vero omnem iuris ambitum percurramus, deprehendimus, dominii resolutionem duplici ex causa contingere. Nam resoluitur dominium, vel ob causam in ipsa dominii acquisitione et qualitate fundatam, et ex negotio ciuili, quo res comparata est, fluentem, vel ex causa accidentali, post dominium acquisitum superueniente. Casus, quibus resolutio ob priorem causam procedit, in tres classes commode dispescuntur. Ad primam pertinent illa factorum exempla, in quibus ex reseruata quadam dominii et proprietatis specie, quam dominium directum vulgo vocant, resolutio nascitur. Hic quoque subiicienda est

De causis, ob quas dominium resoluitur.

Dominii resolutio contingit vel ob causam in ipsa dominii acquisitione fundatam.

C

est

x) Secundum regulam iuris in l. 54. ff. d. R. I.

y) loc. supra adduct.

est species, vbi maritus in fundo dotali dominium ciuile habuit, eumque hypothecae supposuit, postea vero fundus ad uxorem rediit. In his casibus, cum ius in re ipsa reseruatum facto domini possessoris nullatenus onerari queat, manifestum et legibus conueniens est, hypothecam aut prorsus inualidam esse, aut resoluta constituentis iure expirare. Ad secundam classē illos refero casus, in quibus resolutio ex pacto seu conditione contractui, ex quo possessor dominium consecutus est, adiecta oritur. In his si conditio existens fuerit resolutiua, et verbis, quae domini translationem retro nullam reddunt, concepta, ius hypothecae euanescit.²⁾ Si vero rei solum restitutio, conditione eueniente, promissa fuerit, hypotheca omnem suam retinet vim ac valorem: quia dominium non solum vere et plene translatum^{a)} fuit, sed etiam cum omnibus suis effectibus usque eo durat,^{b)} donec

2) Nec est, quod hac de re querantur creditores: cum contrahentes nec personae nec rei, de qua agunt, ignari esse debeant, secundum l. 19. ff. d. R. l.

a) Ictus in lege 4. §. 3. ff. d. in diem addict. ex facultate oppignorandi, quam emptor habet in re vendita et in diem addicta, colligit, eum medio tempore dominum esse, quia alioqui pignus non teneret. Expresse quoque in l. 2. ff. eod. sancitur, hunc cui res in diem addicta est, et usucapere posse, et fructus et accessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere, si res interierit: quae omnia pro effectibus domini vere translati merito habentur. Immo, cum venditio pure celebrata fuerit, et tantummodo sub conditione resoluator, sequitur, emptorem in ius venditoris plene successisse, perfectumque rei dominum factum esse. Ob stare quidem videtur l. 38. §. 2. ff. ad leg. Falcid. ubi res, sub lege commissoria vel in diem additione vendita, in venditoris dominio adhuc esse asseritur. Sed id eatenus verum est, quatenus venditor rem istam, non quidem absolute, sed propter spem, illam recuperandi, in suo dominio habere dicitur. Sic Ulpianus in l. 49. ff. d. V. S. bonis annumerat, si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus: id quod pariter propter spem obtinendi tantum in bonis esse potest. Conf. STRYKII Vsf. mod. lib. XVIII. t. I. §. 31.

b) Nec sententiam muto ob tritum illud axioma: *Existens conditio ad initium contractus retrahitur*: cuius vestigia reperimus in l. 18. ff. de R. l. l. 9 §. 1. et l. 11 §. 1. ff. Qui pot. in pign. Id quidem certissimum est, in conditionibus suspensiuis, si implentur, ius ex conuentione ab eo momento, quo contractum fuit, acquisitum censei. In contractibus vero

donec casus promissae restitutionis contingat. Fieri tamen potest, vt pacti sententia et verba dubia sint et incerta: quo casu ante omnia ad legum determinationes respiciendum est. His deficientibus, non vna ex ratione pro valore hypothecae pronuncietur. Cum enim plene translatum fuerit dominium, potuit quoque eius effectū vti rei oppignoratae possessor, si nulla lex hanc facultatem ei interdixit. Deinde in dubio magis est, vt contractus valeat, quam vt corruat. Quibus vltimo loco accedit, quod ius ipsam rem afficiens, dummodo legitime sit constitutum, potius videtur, quam obligatio personalis, ex pacto vel conuentione personam magis obligans, quam rem.^{c)} Tertiam denique classem constituunt casus, vbi resolutionis causa in lege quaerenda est. Cuius rei exemplum videmus, si forte vitium rei venditae aut pretii iniquitas emendationem damni exposcit. Tunc, si plenum dominium translatum fuit, hypotheca valet, quidquid etiam dicant alii, quorum obiectionibus infra occurram. In hac enim specie suppono, contractum seu dominii translationem non ipso iure nullam esse, sed in eius, qui laesus est, arbitrio esse, vtrum remedio legibus prodito^{d)} ad impetrandam damni restitutionem vti velit, nec ne. Dominium ergo, vsque dum resolutio a laeso petita et obtenta fuerit, cum suis effectibus subsistit; nisi forte ob concurrentem causam laesus malit restitutione in integrum, quam ordinariis et ad has laesiones

C 2

com-

vero sub conditione resolutiua celebratis, hoc sine omni exceptione non procedit, nec conditionis euentus tam simpliciter ad initium contractus retrahi debet, vt hic semper ex tunc resoluendus sit. Nam non solum ad diuersam conditionum resolutiuarum et suspensiuarum indolem prouocari potest; sed quoque maxime considerandum est, conditionis effectum, vt omnem alium conuentionis, a voluntate contrahentium pendere. Quare, cum ratio resolutionis diuersa ex voluntate paciscentium iam supra deducta sit, patet, nec hoc axioma huc vsque assertis obstare.

c) Haec ratio, licet sola ad diiudicandum hypothecae valorem non sufficiat, vti modo ostendi, plane tamen spernenda non est, si aut alia concurrunt argumenta, idem probantia, aut meliora defunt.

d) Remedium hoc continetur in l. 2. C. d. rescind. vend.

comparatis actionibus, uti. Tum quia causa in eum statum, quo fuit ante laesionem, reducitur, hypothecae ius interire, iuris analogiae consentaneum videtur.

§. XI.

Vel ob causam accidentalem.

Axiomata ex allatis deducta.

Recensitis casibus, quibus resolutio ex causa, in ipsa dominii acquisitione fundata, contingit, ultimo denique loco dicendum est, quid obtineat, si post contractum celebratum, dominiumque plene translatum, resolutionis causa ex noua circumstantia enascatur. Hic vero hypothecam omnino validam manere, quisque facili negotio videbit. Cum enim dominium semel legitime et plene transmissum sit, nec causa resolutionis in ipso negotio lateat, non potest non inde sequi, omnes dominii effectus plenissimo gaudere valore. Exemplum habemus in donatione ob ingratitudinem aut superuenientiam liberorum reuocata: ubi, cum donatarius, nulla accedente conditione, legitimum et plenum dominium rei donatae nactus fuerit, hypotheca ab eo constituta, omni tempore valet. Cuncta haec si iam colligantur, et ad certa axiomata referantur, sequitur: I.) *Toties valere hypothecam, quoties plenum dominium in possessorem translatum fuit, resque, existente resolutione, simpliciter restituatur,* e) *siue haec vi pacti, siue legis, eueniat.* E contrario vero huic regulae, velut per modum exceptionis, alia adicienda est: II.) *Toties evanescere hypothecam, quoties aut restrictum dominium habuit possessor, aut negotium dominii translatum, eiusque per consequentiam effectus, siue virtute pacti, siue legis, retro corrumpunt, et resoluuntur.* His praemissis per casus speciales eundem, et horum axiomaticum exactior applicatio tentanda est.

CAP. II.

e) Simpliciter rem restitui dico, si non requiritur, ut praecise in eo statu reddatur, quo tempore adeptae possessionis fuit.

CAP. II.

DE

HYPOTHECA CVM RESOLVTO

DOMINIO CONSTITVENTIS

EXSPIRANTE.

§. XII.

Duplicem effectum habere posse hypothecam post resolutum constituentis dominium, dum aut simul cum hoc interit, aut etiam postea omnes suas retinet vires, ipsa huius rei natura docet. De casibus hypothecae exspirantis prius acturus, non incongruum esse duxi, quid in hypotheca feudali iuris sit, ob feudorum, non quidem antiquitatem, vt adeo prisca tempora non attingentem, sed nobilitatem et excellentiam, primo statim loco definire. Quod vt eo melius fiat, ante omnia conceptus de feudo accurate formandus est. Per feudum vero intelligitur dominium vtile, in re immobili alicui sub lege fidelitatis concessum: ^{f)} vnde sequitur, rem feudalem, quae alias feudum quoque nuncupatur, esse eam, quae domino utili hoc modo data fuit. Originem traxisse feuda ex iure Gentium, nemo negabit; primus tamen et maximus illorum vsus fuit apud illos populos, qui sub nomine Germanorum ^{g)} veniunt, aliis deinde horum exemplum sequentibus. Et sic diuersarum gentium studio ius feudale in eum, quo nunc est, statum et ordinem redactum. ^{C 3} in scopo alienum foret, multis hic, vel qualitates feudi, vel res

*De hypotheca
feudali et
feudo.*

f) Haec feudi descriptio haud difficulter colligitur ex II. *Feud.* 23. in fin. I. in fin. et 8. §. Rei.

g) GYNDLINGIVS in *Gundlingian*. I. l. I. et XV. II. alique viri celeberrimi, citati a Viro Illustr. IO. IAC. MASCOVIO, Patrono nostro maxime Venerando, in den *Geschichten der Deutschen* T. I. p. 195. feuda ab agris limitaneis veterum Rom. deriuant. Nihilominus tamen originem feudi non vna ex ratione Germanis adscribunt STRVVIVS in *Synt. iur. feud.* cap. I. aph. 3. et GEBAVERVS in *diff. de originibus feudi*. Feudum initio nihil aliud, nisi clientelam militarem, fuisse, putat CRAIGIVS in *iur. feud.* lib. I. tit. 14.

in feudum dari solitas, vel varias feudorum diuisiones, persequi: e re potius est, illam tantummodo notare diuisionem, qua feuda vel ex pacto et prouidentia maiorum vel hereditaria^{h)} esse referuntur. Illa, tamquam feuda propria, ad praesentem disquisitionem inprimis spectant, haec vero, cum in plerisque naturam sapiant allodiorum,ⁱ⁾ fere eodem cum illis iure censentur, et quod de bonorum allodialium oppignoratione dicendum erit, idem^{k)} quoque de his recte statuatur.

Quod

h) Haec distinctio non in iure feudali, sed in Doctorum solum scriptis, inuenitur, nisi forte ad speciem textus II. *Feud.* 48. respicias: minime tamen analogiae iuris aduersatur, cum liceat pactis naturam feudi immutare, arg. II. *Feud.* 50. princ. Feudum ex prouidentia vocatur id, quod ex pacto constituentium, inuestitura et dispositione iuris feudalis, citra factum vltimi possidentis, in successores transmittitur: hereditarium autem, de quo liberius vasallus dispicit, quodque heredes quoscunque admittit, secundum concessionis formulam. V. HORNIVS in *iurisprud. feud.* cap. 4. §. 33. Intricatiorem de feudis hereditariis doctrinam, cum frequentes allodiorum in feudum oblationes, tum nouiore tempore saepius factae feudorum alienationes, in Germania quoque, produxerunt. Cum enim vel graui aere clientelam acquirens, vel in rem suam nexus feudalis onera suscipiens, tam circa successionem, quam facultatem disponendi, pactis, effectus qualitatis feudalis in fauorem possessorum limitantibus, sibi prospicere solerent; ordinaria feudi natura, vel quoad maximam partem, vel quoad quosdam saltem effectus, in eiusmodi feudis mutata, hisque a Doctoribus, rem multis modis variantem generali voce denotare cupientibus, feudi hereditarii notio attributa est.

i) V. MENOCH. *conf.* 115. n. 4. Non tamen vna eademque natura est feudis hereditariis. Nonnulla enim multum ex feudis propriis admixtum habent, vnde et mixta vocantur; alia fere in omnibus cum allodiis conueniunt, ad quoscunque, etiam extraneos, transeunt heredes, et de iis omnimoda disponendi facultas vasallo permessa est, v. GAIL. lib. II. obs. 154. n. 11. sqq. Hoc vero optime, immo vnice, diiudicatur ex literis inuestiturae, quae, cum antiquioribus inprimis temporibus formulis non satis perspicuis conceptae essent, innumeris fere Doctorum dissensionibus ansam dederunt. Conf. HENR. A ROSENTHAL *synops. iur. feud.* cap. 9. concl. 40. n. 1. sqq.

k) V. DECIVS *conf.* 395. et HENR. A ROSENTHAL l. c. cap. 9. concl. 42. n. 2. Hoc tamen semper discrimen remanet, quod in feudis hereditariis, vasallo sine heredibus mortuo, dominus exercent ius consolidationis, et quod fides feudalis, et plerumque etiam seruitia, ad euitanda allodiorum onera, a vasallo praestanda sint: quod vtrumque in allodiis exulat, v. HORNIVS l. c. cap. 4. §. 34. in fin.

Quod igitur ad feudum proprium attinet, de eo reperimus a FRIDERICO, Imperatore, sancitum, ¹⁾ *vt nulli liceat feudum totum vel partem aliquam vendere, vel pignora, vel quocunque modo distrabere, seu alienare, sine permissione illius domini, ad quem feudum spectare dignoscitur.* Quae verba indicant, creditorem, hypotheca in feudo sine consensu domini directi constituta, parum esse securum, tam respectu iuris hypothecarii, quam faciendae extensionis contra dominum directum, qui tum, linea debitoris deficiente, ad debitum solvendum non obstringitur. Imo nec vasallus ipse feudum in solutionem dare potest: cum hoc vel in domini vel agnatorum, seu simultanee inuestitorum, quorum in feudo antiquo consensus pariter requiratur necesse est, ^{m)} vergeret praeiudicium. Vnde sequitur, omne ius hypothecarium, sine domini directi et agnatorum consensu impetratum, cum iure et dominio constituentis penitus dissolui. ⁿ⁾ Sed, consensu rite obtento, hypotheca feudum ipsum afficit, et non solum utilis, verum etiam directus dominus, facta consolidatione, creditori satisfacere tenetur. ^{o)}

§. XIII.

Tantum tamen abest, vt hypothecae sine consensu eorum, quorum interest, in feudo constitutio plane inutilis sit; in feudo habet.

1) II. Feud. 55. Olim quidem poterat vasallus, necessitate suadente, domino inscio vel inuito, feudi partem vendere, retenta altera parte, II. Feud. 9. Sed cum milites sua beneficia passim distraherent, et ita omnibus bonis exhaustis, fuorum seniorum seruitia subterfugerent, hanc profusam alienandi libertatem speciali lege coercuit LOTHARIUS, Imp. II. Feud. 52. Quam legem postea FRIDERICVS citata sanctione non solum, confirmavit, sed et perpetuo valituram voluit.

m) V. STRYKIVS de cautel. contract. Sect. II. cap. 4. §. 7.

n) Non otiosa quaestio est, an vasallus, hypothecam sine consensu domini constituendo, amittat feudum. Bene respondent negando HENR. A ROSENTHAL l. c. c. 9. concl. 14. n. 1. sqq. et STRUVIVS in Syn. iur. feud. cap. 14. aph. 9. n. 5. nisi simul possessio ex contractu voluntario in creditorem actualiter translata fuerit. Nam per traditionem demum censetur vasallus reuera alienasse; dum ante illam adhuc possessor manet, et seruitia praestat.

o) V. HORNIVS l. c. cap. 19. §. 9. CARPZ. P. II. Const. 46. def. 11.

fit; vt contra vafallum eiusque descendentes omnino valeat, ^{p)} quamdiu feudi dominio gaudent. Feudum vero ipsum huic oppignorationi subiectum non est, sed illa ad eas tantum res extenditur, quae et alioquin infcio domino obligari et alienari possunt. Has enim, cum allodiis accenseantur, pleno iure possidet, et de illis libere disponit vafallus: quapropter et eius creditoribus licere videtur, istas in crediti solutionem, si necessitas ita exigit, occupare. In harum rerum numerum primo referendi sunt fructus, et nudum ius eos percipiendi, seu, vt alias vocatur, commoditas feudi. ^{q)} Cum enim illos separatim pignori dare queat vafallus; nihil tam naturale est, quam vt per hypothecam, in feudo quauis ratione constitutam, creditor saltem in fructibus ius reale et obiectum executionis consequatur. ^{r)} Hoc eo minus dubii habebit, si perpendas tam liberam vafalli de fructibus disponendi facultatem esse, vt, etiam non consentiente domino, feudum in antichresin concedere, et creditori ius vtendi fruendi ad certum tempus vendere possit. ^{s)} Sed omne ius quod creditor hoc modo adipiscitur, cum ipsa vafalli morte penitus extinguatur. Nam cum nihil iuris, quoad feudum ipsum, in creditorem translatum fuerit, consequens est, tempore aperturae, tametsi ex fructibus perceptis creditori nondum plene sit satisfactum, feudum nihilominus ad dominum, vel pro sui natura, ad agnatos, quibus vafallus debitor praeiudicare non potuit, redire. Et sic hoc in casu, soluto iure datoris, resoluitur quoque ius accipientis. Quodsi vero vafallus descendentes reliquerit; hi tenentur praestare creditori id, quod ex contractu cum patre inito petere potest. Illorum enim longe alia conditio est, quam agnatorum. Hi ius suum in feudum non ab vltimo possessore, sed a maioribus

Item valet in fructibus ex feudo perceptis.

Sed omne ius creditoris cum vafalli morte expirat.

Obligantur vero descendentes.

p) V. STRYKIVS loc. mod. alleg. §. 13.

q) V. SCHRADERI tract. feud. Part. VIII. cap. 1. n. 25. STRYKIVS l. c. cap. 12. aph. 7.

r) Optime hoc ostendit GAILIVS l. l. obs. 117. n. 1. sqq.

s) V. SCHRADERVS l. c. P. VIII. cap. 2. n. 3. et STRYKIVS l. c. n. 14.

bus nacti sunt: descendentes vero, cum ab hoc procreati sint, huic soli omne suum ius acceptum ferunt. Quapropter aequitas postulat, vt eum, a quo honorati sunt, dedecore affici non sinant. ^{t)} His velut pondus addit ipsa lex, *Vbi, inquit, ^{v)} vasallus filium reliquit, ipse non potest hereditatem sine beneficio repudiare, sed, aut vtrumque retineat, aut vtrumque repudiet.*

§. XIV.

Ad res feudales, quae per hypothecam, a vasallo sine *Obligatae sunt* domini consensu constitutam, obligantur, porro pertinent *creditori by-* meliorationes et impensae, in feudum factae. ^{x)} Hae enim *pothecario me-* feudo aperto non transeunt ad dominum, sed ad heredes al- *liorations et* lodiales spectant. Id, quod indicant verba legis, dicentis: ^{y)} *Si vasallus in feudo aliquod aedificium fecerit, vel ipsum sua pecunia meliorauerit, et contigerit postea, vt vasallus sine filio masculo decedat, dominus aut patiatur aedificium auferri, aut soluat pretium meliorationis.* Iure ergo allodiorum censentur, ^{z)} et sic creditoribus quoque vasalli obnoxiae sunt. Non tamen semper creditores, vel alias illorum loco heredes, tantum consequuntur, quantum a vasallo impensum fuit.

t) Solide hanc sententiam contra dissentientes defendit STRVVIVS l. c. cap. 9. aph. II. Dari tamen hac etiam in re exceptiones non nego, quarum praecipuas memorat MATTH. BERLICHIVS Part. II. concl. 56. n. 26. sqq. Conf. Dn. A LVDEWIG de obligatione successoris in clientelas.

v) II. Feud. 45.

x) Melioramenta feudo accedere, et fieri res feudales, constat ex II. Feud. 8. §. I. vbi: *Si quid feudo a vasallo additum sit, quod per se subsistere non potest, plerisque placet, feudo accedere, et sicut partem feudi disponendam esse.* Hoc tamen ita intelligendum est, vt nihilominus heredes allodiales pretium, quod impensum est, a successoribus feudalibus repetere possint. V. STRYKII Exam. iur. feud. c. 14. q. 11.

y) II. Feud. 28. §. Si vasallus. Legem hanc feudalem quam exactissime obseruari in Electoratu Hannouerano docet Vir Illustr. GOTTFR. MASCOVIVS in Notitia Iuris Brunsvico-Luneburg. pag. 15.

z) V. SCHRADERVS l. c. Part. X. sect. 18. n. 127.

*Pretium ex
feudo reda-
ctum.*

*Ipsam denique
feudum, si in
allodium com-
mutetur.*

*Hypotheca in
allodio consti-
tuta non infir-
matur per ob-
lationem in
feudum.*

fuit. Nam si sumtus maiores sint melioratione, quae super-
est tempore, quo mutatio circa feudum contingit, praesen-
tem solum petere possunt aestimationem; si minores, quan-
tum impensum est, illis soluitur. ^{a)} Gaudent deinde illi
creditors, de quibus nunc imprimis sermo est, firmo et sta-
bili iure in pretio ex feudo, quod legitime venditum fuit,
redacto, hac addita restrictione, ut iis prius satisfiat, qui vali-
diorem hypothecam habent. Nam cum pretium in re sin-
gulari, ^{b)} ut est fundus feudalisis, non succedat in locum rei; ^{c)}
sua sponte sequitur, illud fieri bonum allodiale, et proinde
creditoribus ius in illud enasci. Idem quoque ratione hy-
pothecae, a solo vasallo constitutae, obiectum executionis
adipiscuntur, si res feudalisis hoc modo oppignorata, in allo-
dium commutetur. Quae tamen transmutatio, si hic effe-
ctus exinde redundare debeat, consensum agnatorum, qui-
bus per primam inuestituram ius semel legitime quaesitum
est, necessario requirit. ^{d)} Et hi sunt effectus, quos habere
potest hypotheca, a vasallo, non impetrato domini consensu,
creditori concessa: ubi adhuc monendum puto, quod hypo-
theca in re allodiali rite constituta, nihil detrimenti capiat,
nulloque modo infirmetur, si postea res obligata in feudum
offeratur aut detur; licet vel maxime contractum pignora-
tium mutuae promissiones de in feudum offerendo vel dan-
do praecesserint; dummodo inuestitura iis tempore oppigno-
rationis nondum accesserit. Eiusmodi enim mutatio rem a
nexu, quo antea tenebatur, liberare nequit, resque cum one-
re legitime imposito semper transit, ne in fraudem credito-
rum facta videatur. Nec etiam sola oblatio, vel promissio
de

^{a)} Arg. l. 38. ff. d. R. V. Conf. MEVIUS P. III. dec. 41. n. 2. et HORNIVS
l. c. cap. 22. n. 7.

^{b)} De significato iuridico Rei et pecuniae v. HUBERVUM in *Praelect. ad*
Inst. lib. II. tit. I. §. I. p. 80.

^{c)} Ostendit hoc, et legibus probat GAILIVS de *Pignorat.* obs. II. n. 2.

^{d)} V. BORNII diss. de *transmutatione feudi in allodium* §. 10. sq.

de inuestiando, feudum ex allodio facit: sed ipsa demum inuestitura ^{e)} hanc mutationem operatur.

§. XV.

Naturae feudi proxime accedit, multaque cum illo communia habet, emphyteusis, ^{f)} quam per dominium utile, sub lege meliorationis et canonis quotannis soluendi in re immobili concessum, describi posse, accuratior eius consideratio suadet. Hunc contractum feudo vetustiore, populoque Rom. optime fuisse cognitum, leges, quas de agro vectigali et iure emphytheutico sancitas legimus, satis probant. ^{g)} Variant autem iura circa emphytheusin singularia. Placuit enim antiquis iuris conditoribus, ecclesiae hac in re singulares concedere praerogatiuas. Sic in emphyteusi ecclesiastica, canone per biennium non soluto, emphyteuta iure suo priuatur, ^{h)} nec descendentes accipientis ultra nepotes succedunt, nisi aliud ab initio actum sit. ⁱ⁾ Alias vero triennium requiritur, antequam emphyteuta iure suo cadat, ^{k)} atque emphyteuticum ius ad omnes etiam extraneos transit heredes. ^{l)}

D 2

Plu-

e) Nam inuestituram esse quasi consummationem contractus feudalis praecedentis docet STRYKIVS in exam. iur. feud. cap. 12. q. 3.

f) Emphyteuseos a feudo differentias vide apud Illustr. IO. PETR. A LVDEWIG in iure client. Sect. II. cap. I. n. z. p. 136. sq.

g) Originem huius contractus Gentium potius, quam Ciuili, iuri adscribit HVBERSVS l. c. ad ff. tit. Si ager vectig. §. 2. Quod aliis diiudicandum relinquo. Licet enim concedam, huius contractus causam generalioribus prudentiae regulis formari; id tamen certum est, eundem Romanorum legibus specialius definitum esse.

h) V. Nou. VII. c. 3. §. 2. et Auth. Qui rem C. de SS. eccles. c. fin. X. de Locat. conduct.

i) Per Nouell. VII. c. 3. princ. Veruntamen secundum Nouell. CXX. c. 6. §. I. bona ecclesiastica in perpetuum emphyteutico iure dare licet. Unde Doctores statuunt, bona ecclesiastica, si iuris seruetur solemnitas, in perpetuam emphytheusin dari posse; sin minus, in tres duntaxat personas concedi. Pluribus haec persequitur IOAN. YANNEZ PARLADORIVS Quotidian. different. diff. 71. §. I. n. 3. sqq. inter Opp. Iurid. p. 303. 199.

k) l. 2. C. de iur. emph.

l) Vt docet Illustr. Liber Baro A WERNHER l. c. T. II. Part. VII. obs. 143. p. 273.

Plures inter vtramque differentias, tamquam parum ad scopum facientes, silentio hic praetereo, hoc solum addens, nullum, quoad hypothecae constitutionem, in iis memorabile discrimen deprehendi. At vero, quid de hypotheca, ab emphyteuta in fundo emphyteutico constituta, iudicandum sit, Doctorum non vna est sententia. Id quidem extra omnem controuersiam positum est, eam, si dominus consenserit, non modo ab initio, sed omni tempore, etiam post resolutum constituentis dominium, valorem suum retinere. Quid vero obtineat, consensu domini non requisito, in eo cardo disputationis versatur. Non dubito, in eorum sententiam transire, qui valere hypothecam ad eum effectum putant, vt emphyteuticarius inde obligetur, nullum tamen praeiudicium domino inferri, nec eum facta consolidatione ex pignore conueniri posse.^{m)} Rationes quae me mouent, sunt primo ipsa auctoritas legis,ⁿ⁾ quae *in fundo vectigali, si pecunia intercessit, pignus esse*, sancit, licet a solo possessore is fundus pignori datus fuerit. Deinde, cum potestas alienandi emphyteutae non penitus interdicta sit, sed ita tantum restricta, vt domino prius offerat; immo, cum ei liceat aliquando fundum emphyteuticum libere alienare;^{o)} sequitur, oppignorationem illi etiam esse permissam. Lex^{p)} praeterea, ius emphyteuticum et meliorationes sine domini voluntate vendere vetans, ne quidem ad pignoris constitutionem respexisse videtur. Nam vt taceam, quod haec duo plane sint diuersa,

m) Eandem sententiam tuetur, immo et in generali obligatione omnium bonorum emphyteutica quoque comprehendi, asserit SCHRADERVS l. c. Part. VII. cap. 2. n. 80. Nec in praxi aliud obseruari, quam luculentissime apparet ex praeiudicio apud AVG. LEYSERVM in *Meditt. ad Pand.* Vol. II. Spec. 105. num. 6.

n) V. l. 31. ff. *de pign. add.* l. 16. §. fin. ff. *de pign. act.*, vbi PAVLVS: *Etiam, inquit, vectigale praedium pignori dari potest.*

o) Sic non prohibetur inscio domino, emphyteusin in dotem concedere, vt asserit SCHRADERVS l. c. Part. VIII. c. I. n. 31. et sunt, qui arbitrantur, fundum emphyteuticum posse sine consensu domini directi permutari, v. HENR. A ROSENTHAL l. c. cap. 9. conclus. 34.

p) l. 3. C. *de iure emp.*

sa, omnibus praeterea in confesso est, odiosa semper stricte esse interpretanda. ^{q)} Quapropter id, quod lex hac in re de venditione statuit, ad oppignorationem non debere applicari, sua sponte liquet. Hoc tamen verum et lege ^{r)} definitum est, *cum in exsolutione vectigalis tam debitor, quam creditor, ^{s)} cessent, et propterea pronuncietur, fundum secundum legem domini esse, dominusque iure suo utatur, etiam pignoris ius euanescere.* Pleno enim et irreuocabili dominio destitutus emphyteuta perfectum et perpetuum ius creditori non potuit tribuere, nec domino facto suo praeiudicare.

§. XVI.

Datur et alia a legibus nostris memorata^a dominii utilis *De superficie.* species, illi adscripta, qui in alieno solo aliquid inaedificatum, implantatum aut insitum, vno verbo superficiem, habet. Nominine tamen superficiei hic non venit, quod quis leuiter tantum solo alterius imposuit; ^{t)} sed requiritur, vt aedificium, vel mediate vel immediate fundo cohaereat. Talis superficiei dominium directum competit domino soli, vtile superficiario: ^{v)} vtriusque autem potestas variis nonnumquam pactis modificatur. Sic aut in perpetuum aut ad certum tempus superficies conceditur, et simul definitur, an aliquid, et quantum, superficiarius quotannis, loco solarii, soluere debeat. ^{x)} Dominium vero, quo gaudet superficiarius, satis efficax est, nec suis insignibus effectibus destituitur. Nam

D 3

vi

q) Conf. COCCEII *iur. ciuile controu.* Lib. VI. tit. 3. quaest. 7.

r) d. l. 31. ff. *de pign.*

s) Vnde sequitur, quod creditor pro emphyteuta canonem soluendo, ius suum conseruet: quia tum in commissum non cadit emphyteusis. V. BACHOVIVS *de Pign.* Lib. V. cap. 13. n. 3.

t) Huius enim plenum dominium retinet is, qui posuit, vt exemplum de horreo frumentario, ex tabulis ligneis facto, in l. 60. ff. d. *A. R. D.* satis superque probat. Nihilominus tamen Doctores tabernas speciebus superficiei plerumque annumerare solent.

v) V. l. 3 §. 7. ff. *Vti possid.* et l. fin. ff. *de superf.*

x) Conf. SCHRADERVS l. c. Part. II. cap. 3. n. 57. et 10. YANNEZ PARLADORIVS *Quotid. differ. diff.* 72. n. 9. inter Opp. Iur. p. 306.

vi huius utilem habet rei vindicationem, ¹⁾ fructus et omnia commoda percipit, seruitutes imponit et acquirit, ²⁾ et superficiem pro lubitu donat et legat. ³⁾ Praeterea quoque in eius fauorem peculiare interdictum a praetore Rom. promulgatum est, quo in possessione contra vim facientes tuetur. ⁴⁾ Sed poterat dubitari, num superficies recte pignori detur. In aliena enim posita solo, huiusque pars est; solum autem sine superficie, nec superficies sine solo, vfucapitur; ⁵⁾ ergo nec oppignoratur. At enim vero ad haec primo respondetur, ab vfucapione ad oppignorationem, ob vtriusque maxime diuersam indolem, non valere consequentiam. Deinde argumenta, quae modo pro emphyteuta adduxi, pro superficiario, propter aequale dominium, pariter militant. Immo PAVLVVS hanc controuersiam expressis verbis decidit: *Etiam, inquit, ⁶⁾ superficies, in alieno solo posita, pignori dari potest.* Naturam tamen et effectum huius hypothecae statim subsequenter verbis describit, dicens: *Ita tamen, ut prior causa sit domini soli, si non soluatur ei solarium.* Satis ergo PAVLI effatum indicat, leges analogiam iuris, ab emphyteusi dedu-

y) V. l. i. pr. et §. 3. ff. de superf. iunct. l. 73. sqq. ff. de R. V.

z) Recte hoc asserit ECKOLTVS in *compend. Pand. tract. ad tit. de superf.* quem refutare allaborat Liber Baro a WERNHER in iam cit. *obs. forens.* Part. I. obs. 223. n. 12. sqq. putans, neminem posse ius in re constituere, nisi qui integrum habeat dominium. Sed non possum non a Viri illustris discedere sententia. Nam nemo quidem, qui non est plenus dominus, alteri ius in re perpetuo durans concedere valet; sed hoc non impedit, quo minus alter ius in re ad tempus a concedente assequatur, et concessi iuris effectibus tam diu utatur, quam dominium utile in constituentis persona continuatur. Hoc adeo verum est, ut, licet concedam, dominum utilem naturaliter tantum possidere, ipsa tamen naturalis possessio iam hanc facultatem possessori tribuat. Interea non nego, dominum utilem, si ex eiusmodi concessione damnum memorabile rei obuenerit, domino directo ad illud reparandum obligari, eumque, cui ab hoc ius in re concessum fuit, post resolutum dantis dominium, nihil a domino possidente petere posse.

a) Vt diserte VLPIANVS docet in l. i. §. 7. de superf.

b) l. i. pr. *cod.*

c) l. 26. ff. de usurpat.

d) In l. 15. ff. Qui pot. in pign. et in l. 16. §. fin. ff. de pign. act.

deducti, in hac quoque specie seruare, eo effectū, vt in casum resoluti dominii, quod superficiarius habet, domino soli facto possessoris iniqua conditio inferri nequeat.

§. XVII.

Praecipuis dominii vtilis speciebus consideratis, haud *De usufructu.* incongruum esse videtur, vt usufructui quoque locum hic assignem, et quid in eo, quoad hypothecam, iuris sit, paucis eruam. De eo vero, ob maximam cum dominio vtili similitudinem PAVLVVS non dubitauit asserere, ^{e)} *illum in multis casibus partem dominii esse*: id quod tamen non excludit, adhuc inter vtrumque differentias dari insignes. ^{f)} Prima omnium et potissima in eo se exerit, quod multo restrictior sit usufructuarii, quam domini vtilis, de re disponendi facultas. Indicat hoc ipsa usufructus definitio, quam PAVLVVS suppeditat, ^{g)} et qua *ius alienis rebus vtendi fruendi salua rerum substantia dicitur*. Usufructuarius igitur rem, finito usufructu, in eo statu, eaque qualitate et conditione, qua accepit, reddere tenetur: ^{h)} dominus vero vtilis libere mutat, et omnia ad sui commoditatem et vtilitatem pro lubitu aptat, domino directo inscio, nec contradicere valente, nisi ex mutatione aliquod ipsi damnum immineat. Deinde ratione constituitur

e) In l. 4. ff. de usufr. Sic et VLPIANVS in l. 8. ff. de reb. auct. iud. poss. docet, *appellatione domini usufructuarium quoque contineri*. Sed his obstare videtur l. 25. ff. de V. S. vbi ipse PAVLVVS ait: *Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usufructus alienus est: quia usufructus non dominii pars, sed seruitutis sit*. Verum salua res est, ac decisio a diuerso dominii significato pendet. In prioribus enim legibus Icti de dominio pleno loquuntur, cuius vnā partem constituit usufructus, alteram proprietas: in posteriori vero PAVLVVS ad minus plenum dominium seu proprietatem respicit, cuius partem minime facit usufructus. Ceterum inter rei in vsumfructum concessae et fructuum dominium bene distinguendum est. Illius numquam, horum autem semper, dominus dicitur usufructuarius.

f) Maxime notabiles recenset Dn. A LVDEWIG l. c. Sect. II. c. I. n. g. p. 125. sqq.

g) In l. 1. ff. de usufr.

h) V. l. 13. §. 7. et fin. l. 44. et l. 61. ff. de usufr.

stitutionis circa dominium vtile et vsumfructum diuersa obferuare licet. Illud non nisi volentibus partibus per sola pacta constituitur: hic quidem saepe etiam pacta pro fundamento agnoscit, sed tamen nonnumquam vel a lege venit, vt vsusfructus patris in bonis liberorum, vel a iudice decernitur, vt in iudiciis diuisoriis, si res commode diuidi nequeat. Cuiuscunque autem naturae sit vsusfructus, certum et extra controuersiam positum est, vsufructuarium sibi fructuum proprietatem percipiendo, aut in Saxonia colendo, acquirere, et propterea de iis vt plenum dominum disponere posse. Nec igitur dubites, quin eos etiam oppignorare, et omni modo alienare, queat. Sed magis contentiosa videtur quaestio, vtrum ipse vsusfructus, consensu proprietarii vel non requisito vel denegato, possit pignori hypothecaeue dari: ad quam PAPINIANVS, referente MARCIANO, ⁱ⁾ respondet, *tuum dum creditorem esse*. Nam addit ICTUS, *cum emtorem vsusfructus tueatur Praetor, cur non et creditorem tuebitur?* Docet enim GAIVS, ^{k)} id, quod emtionem venditionemque recipit, pignorationem quoque recipere. Sed ego nihilominus non puto, his confici, vt vsufructuario ipsum vtendi fruendi ius liceat oppignorare. Hoc enim ius personale est, nec vsufructuarii personam egreditur, vnde et regulariter cum eius morte exspirat, atque proprietario dissentiente nec vendi nec oppignorari potest. Quod tamen ICTUS hac de re tradit, id ita intelligi debet, vt, vsufructu ab vsufructuario oppignorato, creditor eatenus tuendus sit, quatenus ipsi satisfieri possit ex fructibus, ab ipso vsufructuario vel iam perceptis, vel adhuc percipiendis. Hanc sententiam *Statutum Hamburgense* ^{l)} approbare videtur, sanciens: Ob wol auch derselbige, welcher Güter nießlich zu gebrauchen hat, solche Gerechtigkeit des Nießens nicht versehen oder verpfänden kan: So ist ihm doch solches von den Nutzbarkeiten und

i) V. l. 11. §. 2. ff. de pign.

k) In l. 9. §. 1. ff. eod.

l) Part. II. tit. 4. art. 3.

und nießlichen Hebungen und Früchten zu thun erlaubt. Quemque etiam facili negotio videre arbitror, idem iudicium, si forte usufructuarius usufructum vendiderit, ferendum, nihilque, praeter facultatem fructus nomine usufructuarii percipiendi, emtori addicendum esse. Si ergo verum est, quod hypotheca sine proprietarii voluntate valide in usufructu non constituatur; euidenter constat, omne ius hypothecarium, quod forte aduersus ipsum usufructuarium habuit creditor, usufructu cessante simul extinguui: et quidem ex eadem, imo fortiore, ratione, qua eiusmodi creditorem in emphyteusi aut superficie, post resolutum emphyteutae aut superficiarii dominium, nullum retinere ius, ostendi.

§. XVIII.

Operae pretium est, hac occasione inquirere, quid in *De fundo dotali.* illa vel usufructus vel dominii specie, quam maritus in fundo dotali exercet, ratione hypothecae obtineat. Leges quidem verum huius fundi dominium, quod inde ciuile vocatur, marito attribuunt; si tamen rem curatius perpendas, vix ac ne vix quidem memorabiles ab usufructu differentias deprehendes. IVSTINIANVS quoque ipse dicit, ^{m)} *omnes res dotationales, et ab initio uxoris fuisse, et naturaliter in eius permansisse dominio, nec ideo, quod legum subtilitate transitus earum in matrimonium mariti videatur fieri, rei veritatem vel deletam vel confusam esse.* Sic mariti de fundo dotali disponendi facultas tanta non est, quanta vasalli aut alius domini utilis. Hic enim, saltem domino directo consentiente, feudum valide obligat: maritus vero, ne quidem cum uxoris consensu, fundum dotalem hypothecae supponere potest. Exstat hac de re *lex Iulia*, ⁿ⁾ initio quidem de fundis solum Italicis

m) In l. 30. C. d. iur. dot. Conf. IOAN. CORASII *Miscellan. Iur. Ciuil.* Lib. V. cap. 14. num. 6.

n) Lex Iulia de fundo dotali videtur esse pars legis Iuliae de Adulteriis coercendis. Indicat hoc PAVLVS *recept. sent.* 21. §. 2. dicens: *Lege Iulia de adulteriis cauetur, ne dotalis praedium maritus inuita uxore alienet.*

Italicis lata, sed a IVSTINIANO ^o) ad omnes alios exten-
sa, fundi dotalis alienationem prohibens fieri a marito inuita
muliere, hypothecam autem, nec si mulier consentiat. Haec
tamen lex Iulia, perhibente PAVLO, ^p) cessat, si alienatio fuit
necessaria, vel, vt IVSTINIANVS rescribit, ^q) si vxor post
lapsum biennii consensum, ab initio interpositum, rursus re-
petierit. Praeterea quoque bene attendi debet, vtrum fun-
dus inaeestimato an aestimato in maritum translatus, et num
aestimatio venditionis, an solius taxationis, gratia facta fue-
rit. Si inaeestimatus datus, aut si pretium tantum adiectum,
vt eo melius soluto matrimonio constet, quantum damni
forte illatum sit, nullum dubium est, quin dicta lex locum
sibi vindicet. Si vero id actum fuit, vt maritus loco certae
quantitatis in dotem dandae praedium acciperet, vtque ali-
quando pretium seu aestimationem solummodo restituat;
tum, quia irreuocabile dominium nactus est maritus, libere
de fundo disponit, nec lege Iulia tenetur. ^r) Sed recentio-
ribus temporibus, iuris Canonici auctoritate in dies crescente,
hac etiam in re mutationem passae sunt Quiritum leges. Cum
enim Pontifex ^s) iuramentis nouam obligationem addiderit;
in foro inualuit sententia, qua et alienatio et obligatio pro
valida reputatur, in quam cum iuramento semel consensit
vxor. ^t) Quod tamen, si ab vxore non praestetur, nec hodie
marito

not. Lata est haec lex ab AVGVSTO circa A. V. C. DCCXXXVII,
in comitiis tributis, vt multis probat HOFMANNVS ad *L. Iuliam de*
adulteriis coercendis cap. II. §. 9. sq.

^o) In l. vn. §. 15. C. d. R. V. A.

^p) l. i. ff. de fund. dot.

^q) Nov. LXI. c. I. §. I. in fin.

^r) V. l. II. ff. et l. i. C. de fund. dot. Conf. Liber Baro A WERNHER I. c.
T. I. Part. I. obs. 90. p. 85.

^s) c. 28. X. de iur. iur. et c. 2. de pactis in 6.

^t) Teste STRYKIO in *Vs. mod.* Lib. XXIII. tit. 5. §. 5. In Saxonia ta-
men, si fundus dotalis alienari debet, solus vxoris consensus sine iura-
mento sufficit, modo auctoritas curatoris accesserit, et decretum ma-
gistratus, antecedente causae cognitione, interuenerit: si vero eum
oppignorare vult maritus, ad validitatem huius facti requiritur, vt vxor
renun-

marito potestas alienandi aut oppignorandi fundum dotalem conceditur: quoniam nec scripta lege nec consuetudine aliud introductum inuenimus. ^{v)} Cum ergo oppignoratio huius fundi, sine iurato vxoris consensu, suscepta, tamquam legibus contraria, ipso iure nulla sit; vnusquisque facillime perspicit, creditorem, cui eiusmodi inualidam hypothecam constituit maritus, fundo ad vxorem vel eius successores reuerfo, nihil ab hac petere posse, illiusque ius, non rem, sed personam tantum mariti, obligatam tenens, cum concedentis iure penitus interire. Illorum vero, quae hic de fundo dotali dixi, vsus in illis locis, vbi vel perfecta vel aliqualis communio bonorum inter coniuges obtinet, aut nullus aut tantus non est, quantus forsan alibi, vbi merum ius Rom. viget. Multo enim liberior est mariti de rebus communibus disponendi facultas, et omnis alienatio vel oppignoratio praedii dotalis, non solum aduersus maritum, sed et in ipsum fundum, creditori ius perpetuo durans tribuit, dummodo vxor in contractum vel tacite consenserit: qui consensus tacitus, testante MEVIO, ^{x)} etiam ex diuturnitate temporis, a contracta obligatione praeterlapsi, recte colligitur, praesupposita scilicet mulieris scientia. Immo *Iure Hamburgensi* illata vxoris bona, tam mobilia, quam immobilia, non tantum in omnis hypothecae, post initum matrimonium constitutae, obligationem veniunt; sed et pro quouis mariti debito, post nuptias contracto, creditoribus obnoxia sunt, nec vxoris consensus necessario accedit. ^{y)}

E 2

§. XIX.

renunciet beneficio S^Cti Velleiani, et quidem alicubi iurato: Quemadmodum referunt STRVVIVS Ex. 30. th. 22. et CARPZOV. P. II. Const. 15. def. 8. et 9.

^{v)} Pluribus argumentis hoc probat Liber Baro A WERNHER l. c. T. II. Part. VIII. obs. 437. p. 414.

^{x)} In *Commentario ad Ius Lubecense* lib. I. tit. 5. a. 9. n. 17. sq.

^{y)} Indicant hoc verba Statuti P. II. tit. 11. art. 13. Werden nach des Ehe Mannes Absterben, die nachgelassene Güter mit Schulden-Last beschwert befunden, so bleibet der nachgelassenen Wittben eingebrachter Braut-schatz vor die Schuld, die in stehender Ehe gemacht seyn, verbunden.

Quae

§. XIX.

*De pignore
pignori dato.*

Sicuti vero creditor, cui vsusfructus, aut fundus dotalis, aut alia res, cuius minus plenus tantum dominus fuit possessor, oppignorata est, debitore possessione vel dominio rei obligatae priuato, nullum ius in re, secundum Rom. leges, retinet; sic idem dicendum videtur de eo, cui hypotheca constituta fuit a possessore, intermedio tempore solum dominium, vel saltem ius in re, habente. Probat hoc exemplum creditoris, pignus pignori dantis. Quod, antequam pluribus illustretur, bene distinguendum est inter cessionem crediti et oppignorationem pignoris, a creditore forte susceptam. In illa quidem non minus, quam in hac, negotium, inter creditorem et debitorem gestum, nullatenus mutatur vel exspirat. Nam priori casu cessionarius cedentis iure utitur: quod fieri non posset, si primus contractus vel peremptus vel mutatus esset; cui accedit, quod mutatio vel nouatio non, nisi interueniente debitoris consensu, fieri possit: posteriori autem, ipsa pignoris in pignore constitutio ius creditoris saluum et integrum supponit. Vtriusque tamen haec notari meretur differentia, quod cesso pignore cessionarius in ius ac personam creditoris succedat; si vero pignus pignori datum sit, creditori ius in debitorem totum maneat. In cessione

Quae sanctio de dote, cum generalia sint verba, tam res mobiles, quam immobiles, ab vxore illatas, respicit, pleniusque ex art. 10. tit. 5. Part. II. illustratur. Desumpta est ex antiquis Germaniae moribus, qui plerumque, vbi a legibus Rom. diuortium faciunt, in patria retenta, et nouis sanctionibus confirmata sunt. Obligat vero adducta lex vxores ad eo impensioem rei familiaris curam et sollicitam prodigalitatis euitationem. Vxoris tamen bona pro debitis mariti non tenentur, si vel haec ante nuptias contracta fuerunt, vel maritus tempore initi matrimonii se diuitem dixit: quo posteriori casu dos ne quidem debitis post nuptias contractis obnoxia est; quia marito, ob admissum dolum, facultas illam sine vxoris et cognatorum consensu obligandi interdicitur, vt ex art. 11. tit. 5. Part. II. luculenter apparet. Plura, quae huc pertinent, collegit Vir Consult. CONR. DIET. VOLCKMANN. in diss. de aeris alieni inter coniuges Hamburgenses communione, sub praesidio Illustr. I. H. BOEHMERI, Hal. 1728. habita.

sione itaque nouus creditor ius aduersus ipsum debitorem consequitur, nec cedentem, nisi in subsidium, sibi obligatum habet; cum e contrario in pignoris oppignoratione nihil iuris, respectu ad primum debitorem habito, nanciscatur, solumque creditorem, pignus in pignore constituentem, sibi deuinctum teneat. Sed dixeris forsan, contractum, quo creditor pignus pignori dat, ipso iure nullum, immo creditorem, propter abusum pignoris, iure suo priuandum esse. Nam creditor non suo, sed debitoris nomine, pignus possidet,²⁾ et aliquando vsum quidem, dominium vero, quod ad pignoris constitutionem necessario requiritur, numquam habet.³⁾ Sed haec, licet speciem aliquam prae se ferant, rem tamen minime conficiunt. Verum quidem est, quod creditor non ut dominus pignus possideat, ideoque non libere de eo disponat; hoc tamen minime impedit, quo minus possessionem vel ius suum alii obliget. Ius enim illius reale est, atque propterea id pro lubitu alienat et oppignorat: immo, cum cedere illud possit, etiam inuito ac ignorante debitore, cur non et pignori dare? ^{b)} Hoc igitur faciens pignore haud abutitur. Abusum enim pignore male vtendo solum committit, non vero eius possessionem alii cedendo. Et quid longo opus est ratiocinio? lex ipsa hanc facultatem creditori indulget. Sic enim GORDIANVS, ^{c)} Imp. rescribit: *Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori ob-*

E 3 *stringi*

2) V. l. 13. ff. de Vsurp. et vsuc. vbi PAVLVS: Pignori rem acceptam vsu non capimus, quia pro alieno possidemus. Conf. MEVIUS P. VIII. dec. 396. n. 4.

a) Vfus et fructus pignoris creditori conceduntur, si sub antichresi contractum fuerit, l. 11. §. 1. ff. de pign. extra quem casum nusquam leges vtendi fruendi ius, multo minus dominium, in pignore creditori concedunt.

b) V. l. 1. C. de nouat. et l. 3. C. de hered. vend.

c) In l. 1. C. Si pign. pign. dat. fit. Idem docet MARCIANVS in l. 13. §. 2. ff. de Pign. Pignori, inquit, rem pignoratam accipi posse placuit. Ipso iure tamen hoc pignus non substituisse, sed ob vtilitatem contrahentium admissum fuisse, ex verbis d. l. 1. colligit BACHOVIVS in tract. de Pign. Lib. II. cap. 9.

stringi posse, iam dudum placuit. Duo tamen imprimis hic notanda veniunt. Primum est, quod pignus non possit in maiorem summam obligari, quam primus debitor, et verus dominus pignoris, soluere tenetur.^{d)} Alterum ad obligationem pignoratitiam pertinet, de qua certum est, eam, simul ac ius creditoris oppignorantis resolutum fuerit, penitus cessare.^{e)} Cuius rei veritas luculenter apparet, tam ex verbis MARCIANI, dicentis: *f)* *Quodsi dominus soluerit pecuniam, primo scilicet creditori, pignus quoque perimitur;* quam ex lege GORDIANI, statuentis: *g)* *Tamdiu sequentem creditorem is, qui ius repraesentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet eius, qui dedit.* Ratio huius sanctionis in promptu est: quia nempe primus creditor non plus iuris, etiam ratione temporis, transferre potuit, quam ipse habuit.^{h)} Cum ergo post solutionem et relutionem, a debitore factam, nullum retineat ius, sequitur, et eius creditorem tum quoque iure suo in pignore priuari.ⁱ⁾

§. XX.

*De legato vel
fideicommisso
condicionali.*

Memorat MARCIANVS in citata lege *k)* adhuc alium casum pignoris, allato quoad durationem obligationis haud absi-

d) Probatur hoc ex l. 4. C. *Quae res pign. obl. poss.* vbi ALEXANDER, Imp. sancit, eum cuius nomen pignori datum est, secundo creditori satisfacere debere ad id, quod sibi deberi a primo creditore probauerit, eatenus tamen solum, *quatenus ipse debet.* Add. l. 2. C. *Si pign. pign. dat. sit.*

e) Debitor quidem pignus per actionem civilem petere nequit; succedit tamen ob aequitatem euidentem officium iudicis, MEVIUS Part. V. dec. 343. Praesupponitur vero, quod debitor de obligatione certior factus non fuerit, nec nouatio intercesserit, l. 3. C. *de nouat.* Alioquin enim ob consensum non primo, sed secundo, soluere obstringitur creditori, d. l. 4. C. *Quae res pign.*

f) In c. l. 13. §. 2. ff. *de pign.*

g) In d. l. 1. C. *Si pign. pign.* Add. l. 40. §. vlt. ff. *d. pign. act.*

h) Secundum l. 54. ff. *d. R. I.*

i) Eandem sententiam tuentur BACHOVIVS loc. cit. BRUNNEMANNVS et ZOESIVS in *Commentt. ad tit. Cod. Si pign. pign. dat. sit.*

k) l. 13. §. 1. ff. *de pign.*

absimilem. Docet enim, quod *statuliber dari hypothecae possit, licet conditione existente euanescat pignus*. Intelligit vero hoc loco seruum, cui in diem vel sub conditione relicta est libertas, ^{l)} et sic, cum hoc in testamentis saepius fieri soleat, indirecte decedit, rem, legato vel fideicommissio conditionalis obnoxiam, ab herede posse oppignorari. ^{m)} Quam facultatem heredi denegandam non esse ostendit quoque lex ⁿ⁾ IUSTINIANI, Imp. oppignorationem legati conditionalis quidem dissuadens, non autem interdicens. Cum ergo haec assertio nihil fere dubii habeat, eam hic non morabor: magis ardua pluribusque obiectionibus subiecta est thesis, qua nexum pignoratitium rei, sub conditione legatae, post huius existentiam simul cum iure heredis dissolui, statuunt interiores iurisprudentiae sectatores. In contrariam enim partem argumenta non desunt satis speciosa, quorum praecipua breuius hic discutiam. Dicunt autem dissentientes, ^{o)} legata et fideicommissa conditionalia ante conditionis euentum non deberi, cum neque cesserit, neque venerit dies, ^{p)} ac propterea, pendente conditione, in pleno dominio esse heredis, ^{q)} qui

*Argumenta
verae senten-
tiae contra-
ria.*

- l) Talem esse Statuliberum patet ex l. 1. princ. ff. de Statulib.
- m) Si legatum vel fideicommissum sine conditione aut sub certo die fuerit relictum, heres illud nec alienare, nec hypothecae titulo adsignare potest, vt traditum reperimus in l. 3. §. 2. C. commun. de legat. Nam in legato puro legatarius dominium rei consequitur statim a die mortis testatoris. l. 80. ff. de legat. 2, et quidem ipso iure, seu ex lege XII. tabb; in fideicommissis vero virtute exaequationis, l. 1. ff. de legat. 1. et l. 2. C. commun. de leg. Requiritur tamen, vt species seu res legata testatoris propria fuerit.
- n) l. 3. §. 3. C. commun. de legat.
- o) Inter quos eminent BALDVS et NEQVSANTIVS in libr. de Pign. P. V. m. 5. n. 19. sq.
- p) Si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta: vt expressis verbis docet VLPIANVS in l. 5. §. 2. ff. Quand. dies legat. et l. 41. ff. de condit. et demonstr. Qua in re vltimae voluntates differunt a Contractibus, in quibus is, qui sub conditione contraxit, statim fit creditor l. 42. ff. de O. et A. l. 18. ff. de R. I. iusque rem promissam petendi in heredem transfert l. 48. et l. 57. ff. de verb. oblig.
- q) Sic enim GAIVS in l. 29. ff. Qui et a quib. manum. Sub condi-
tione

qui ea pro lubitu alienare ac hypothecae supponere queat. Nec in legatis et fideicommissis conditionem, vt fit in contractibus et institutionibus heredum conditionalibus, ad tempus mortis vel aditae hereditatis retrahitur; nec consequenter hypothecam, legatariis a lege concessam, legatis conditionalibus cohaerere, ^{r)} saltem non ante conditionis existentiam; vnde, quod ex hoc sequitur, pignus ab herede constitutum, vt antea et tempore prius, praefendum esse hypothecae legatariorum post venientium. ^{s)}

§. XXI.

Eorum refutatio.

Sed licet haec sententia specie veritatis haud careat; non tamen ita comparata est, vt assensum mereatur. Nam negari quidem nequit, legata et fideicommissa conditionalia ante conditionis implementum non deberi; id tamen confiteri oportet, illa peti posse, atque hypothecam operari, secuto conditionis euentu. Cuius ratio esse videtur, quod in legatis conditio non retrahitur, quoad commodum rei legatae eiusque acquisitionem, sed bene quoad conseruationem eius, seu rescindendam alienationem, aut annihilandam hypothecam, ab herede constitutam. Nec obstat, quod hypotheca ab herede profecta tamquam tempore prior praefenda sit ei, qua gaudet legatarius. Hypotheca enim legatarii non oritur simpliciter ex legato, quia sic dispositioni testatoris originem deberet, sed ex lege, quae omni tempore, et sic etiam anteriore, spem legatariorum praemunire intelligitur. Interea autem, pendente conditione, alienatio aut hypotheca omnino

tionis seruus legatus, pendente conditione, pleno iure heredis est. Ius vero iis, quibus in testamento aliquid sub conditione relictum est, competens, a Doctoribus dicitur ius in spe, teste IO. PETR. SVRDO, Casalensi, Lib. II. Consil. 267. n. 40.

^{r)} Nam in l. I. C. *commun. de legat.* Imp. IVSTINIANVS legatariis et fideicommissariis eatenus tantum vtilem Seruianam seu hypothecariam actionem dat, *quatenus eis licet res legatas vindicare.* Atqui vero existente demum conditione iis haec competit facultas: ergo etiam non prius hypothecaria illorum actio oritur.

^{s)} Arg. l. II. princ. ff. *Qui pot. in pign.*

omnino valet, sed reuocabiliter tantum; dum per conditionis existentiam ita infirmatur, ac si numquam in praeiudicium legatarii vel fideicommissarii intercessisset. Cum enim hic legatum adimpleta conditione vindicare ^{t)} possit, ex natura vindicationis sequitur, eum sibi rem ab omni onere liberam comparare, totumque heredis negotium, quo rem vel alienauit, vel hypothecae supposuit, retro corruere atque resolui. ^{v)} Et huius rei veritas vel ex ipsa causa, ob quam IVSTINIANVS ^{x)} in fauorem legatariorum hypothecariam actionem introduxit, confirmatur. Voluit enim, vt testatoris voluntas omnibus, quibus potest, modis exitum sortiatur, eique satisfiat. Qui finis non obtineretur, si heres in legatis et fideicommissis illimitatam alienandi et oppignorandi facultatem haberet. Haec argumenta ipsum iam firmet IVSTINIANI, Imp. effatum, ita rescribentis: ^{y)} *Si auaritiae cupidine propter spem conditionis minime implendae ad venditionem vel hypothecam profiluerit heres, sciat, quod conditione impleta ab initio causa in irritum deuocetur, et sic intelligenda sit, quasi nec scripta, nec penitus fuerit celebrata, vt nec usucapio, nec longi temporis praescriptio, contra legatarium vel fideicommissarium procedat.*

§. XXII.

Conditionati itaque dominii natura regulariter non permittit, vt post resolutionem salua maneat hypotheca, a possessore ante conditionis implementum constituta. Id quod iam ex iis quoque casibus luculenter apparet, vbi emtor sibi rem sub additione in diem aut lege commissoria comparauit. *De additione in diem.*

Est

t) Exemplum proponit GAIVS in l. 69. §. 1. ff. de legat. 1. vbi legitur: *Si seruum sub conditione legatum heres alienauerit, et deinde conditio exstiterit, potest nihilominus a legatario vindicari.*

v) Idem fusius persequitur IAC. CAIMVS Vtinenfis in *Lucubrationibus variis*, quae est 4. p. 323. sqq.

x) In l. 1. C. commun. de legat.

y) In c. 1. 3. §. 3. C. eod.

Est vero addictio in diem pactum resolutivum, ^{z)} vi cuius res quaedam alicui ita addicitur, ^{a)} seu venditur, ut meliore intra certum tempus oblata conditione contractus dissoluatur. Plerumque quidem in venditoris fauorem adiicitur, nonnumquam tamen emtoris quoque gratia contractui subiungi solet. ^{b)} Emptio autem hoc modo contracta, omnino pura censetur, cum potius sub conditione resolui, quam contrahi, dicatur. ^{c)} Propterea emtor, post traditionem rei, plenum quidem, sed a conditione pendens, dominium adipiscitur, fructus et accessiones lucratur, omneque periculum ferre tenetur, et, ut domini effectibus eo commodius utatur, utile habet interdictum quod vi aut clam, ^{d)} rei vindicationem, ^{e)} facultatemque eam pignori obligandi. Vnde si ex his solis iudicare velles, concludere posses, eiusmodi pignus aut hypothecam valere quoque dominio oppignorantis extincto. Ius enim reale a vero domino semel legitime impositum, semper

z) Addictio in diem quidem est vel suspensiva vel resolutiva; illa vero, cum dominium non transferat, etiamsi traditio interuenerit, ad praesentem tractationem non pertinet. Emptor enim hoc in casu rem, quia adhuc est aliena, hypothecae supponere plane nequit. Eiusmodi addictio adest, si partes dixerunt, *ut perficiatur emptio, nisi melior conditio afferatur*, l. 2. ff. *b. t.* Varias additionis formulas. v. apud BRISSONIVM lib. VI. c. 45.

a) Addicere olim erat Praetoris, et vnum e solemnibus illis verbis: *Do, dico, addico*, quorum primum iudicis dandi, secundum iuris dicundi, tertium iudicatum exsequendi, denotabat potestatem. Addictus vero proprie vocabatur, quem lex seruire, donec soluerit, iubebat. Hinc SENECA de *Benefic.* lib. III. c. 8. *Hic pecuniam pro addicto dependit*; et CLAUDIANVS de VI. Conf. HONORII, v. 277. sqq.

Ceu legibus exsul

*Addictusque reus flatu propiore sequentum
Terga premor.*

In publicis igitur primus *addicendi* usus fuit, deinde et in priuatis venditionibus.

b) l. 9. ff. *de in diem addict.*

c) l. 2. ff. *eod.* Actum autem purum esse, quando conditio non dispositioni, sed resolutioni, apponitur, probat IO. PETR. SVRDVS, Casalensis, Lib. II. Confil. 268. n. 56.

d) l. 4. §. 4. ff. *eod.*

e) l. 66. d. *R. V.*

semper firmum manet. Sed, licet haec regula alias vsum praestet insignem, ex illa tamen hoc in casu decisio petenda non est. Ad perpetuum enim valorem hypothecae requiritur, vt, qui eam constituit, non solum verum, sed et irrevocabile rei obligatae habuerit dominium, quod neque ob causam in ipso contractu, neque in lege, latentem resoluatur. Ratio est eadem, quam iam saepius memoravi: quoniam scilicet nemo alteri ius cedere valet, quo ipse destituitur. Et propterea in aprico est, potestatem domini, rem sub conditione possidentis, eatenus restringi, quatenus facto suo hanc post conditionis existentiam recipienti praeiudicat. Aliud tamen statuendum est, si conditio resolutiva in voluntatem emptoris collata fuit. Tum enim hypotheca semper durat, quia venditor in omnes mutationes et obligationes tacite quasi consensisse censetur. Quod vero si factum non fuit, stat sententia MARCELLI, VLPIANO referente, ^{f)} sentientis, *pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset.*

§. XXIII.

Eandem fere, quoad resolutionem, cum additione in diem naturam habet lex ^{g)} commissoria, quae est pactum, seu, si mauis, conditio, contractum, cui adiecta est, ob pretium ab emptore intra certum tempus non solutum resoluens. Vocatur vero commissoria, vel quia emptor, statuto tempore non soluens, in legem venditionis dicitur commisisse; ^{h)} vel quia, emptore conditionem non implente, lex ista totam emtionem et rem venditori committit, id est, eius arbitrio et potestati subiicit, vtrum legem exercere an contemnere, vtrum ratam an irritam, emtionem et venditionem velit. ⁱ⁾

De lege commissoria.

F 2

intelli-

f) l. 4. §. 3. b. t.

g) Non infrequens est, in iure denominationem legis tribui pactis, vt in l. 22. 33. 40. et 79. ff. de contrab. emt. l. 31. ff. de pign.

h) l. ult. ff. de leg. commiss.

i) GODOFREDVS DE IENA de lege commissoria §. 5.

intelligitur, venditionem sub lege commissoria factam regulariter puram, additamque conditionem numquam suspensivam, sed semper resolutivam, esse; ^{k)} vtpote in quo ab additione in diem differt, quae et sub conditione suspensiva contrahi solet. Interea rei sub lege commissoria venditae et traditae dominium vere in emtorem translatum fuit: cum conditio non emtioni, sed resolutioni, adiiciatur. ^{l)} Licet enim dicas, de pretio fidem habitam non esse, nec propterea emtorem dominum factum; fides tamen civiliter cum aliqua diffidentia esse potest, ^{m)} vt videmus in emtionibus et venditionibus, vbi res quidem tradita, sed pro pretii solutione pignus vel fideiussor acceptus fuit. Omnes itaque dominii effectus emtor iure exercet, ita, vt rem etiam pignori hypothecae dare possit: quae tamen obligatio, ob easdem in paragrapho praecedente circa additionem in diem adductas rationes, diutius, quam constituentis dominium, non continuatur.

§. XXIV.

*Differentiam
constituunt
ratione valo-
ris hypothecae
verba directa
et obliqua.*

Sic resolutio dominio emtoris resolvitur ius creditoris, hypothecam in re, per additionem in diem aut sub lege commissoria emta, habentis. Sed iam superiore capite satis prolixè ostendi, quid amplius requiratur, si haec regula locum inuenire debeat: quapropter breuibus hic esse licet. Verba nempe vel directa vel obliqua, quibus forte partes in contrahendo vsi sunt, magnam hac in re differentiam constituunt, efficiendo, vt contractus vel ex tunc vel ex nunc resolvatur, ideoque hypotheca aut cum emtoris dominio exspiret, aut postea

k) Nam si venditio fiat hoc modo: *Haec res emta tibi esto, si intra sex menses pretium fuerit solutum*; haec venditio quidem sub conditione suspensiva celebrata fuit; sed in ea lex commissoria plane locum non inuenit, nec illa quoque ad praesens thema pertinet: quia hypotheca ab emtore constituta ob dominium non translatum statim ipso iure nulla est.

l) l. 1. ff. b. r. et l. 2. §. 3. ff. pro emt.

m) V. HUBERI Praelect. ad ff. de leg. commiss. n. 2.

postea quoque firma maneat. Pro regula enim hic teneas: *Toties resolutionem fieri ipso iure, quoties in personam venditoris confertur; toties vero ope demum actionis personalis, quoties in personam emtoris concipitur.*" Si itaque dictum fuit, conditione existente rem inemtam esse debere, eiusque dominium ad venditorem pertinere, vel licere venditori illam vindicare aliique tradere, aut si alia verba idem significantia apposita sunt; tum impleta conditione dominium ad venditorem ipso iure, sine hominis facto, reuertitur, eique contra tertium possessorem datur vindicatio.^{o)} Contrariari quidem huic sententiae videtur lex^{p)} Imperatorum, DIOCLETIANI et MAXIMIANI, rescribentium, *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferri*, Sed, vt taceam, ipsos hos Imperatores alio loco^{q)} statuisse, rem aliquando sine traditione transmitti, vt fidecommissum ab intestato post diem ad heredem ignorantem perueniens, id contra dictam legem inprimis potest regeri, quod, titulo et causa traditionis ad nihilum deducta, hic causae defectus ad initium contractus retrahatur, et propterea pro ea habeatur, ac si ab initio nihil actum, nec emtor dominium rei venditae nactus fuisset. Si vero verba obliqua adhibita fuerunt, et conuentum fuit, rem post conditionis existentiam reuerti ad venditorem, aut ei restitui debere; aliud dicendum esse, suadet iuris ciuilis analogia. Haec enim eandem vim non habent; sed factum hominis desiderant, quod a parte venditoris est declaratio voluntatis, a parte emtoris rei restitutio. Et sic non vindicatio, sed actio tantum personalis ex emto, competit venditori.^{r)} Ex his autem sequitur, omnia

F 3

inter-

n) V. BERGERI *Oecon. iur.* Lib. III. tit. 5. §. 7. n. 1. et EIVSD. *Resol. Lauterbach.* p. 318.

o) l. ult. ff. *de leg. commiss.* l. 4. C. *de pact. int. emt. et vend.* Potest tamen venditor, hoc etiam casu, agere actione venditi, vt res iuxta pactum restituitur, l. 4. princ. ff. *de leg. commiss.* et l. 6. §. 1. ff. *de contrab. emt.*

p) l. 20. C. *de pact.*

q) l. 6. C. *Quand. dies legat.*

r) l. 3. C. *de pact. int. emt. et vend.*

intermedio tempore a possessore gesta, vi dominii, rata manere, ipsamque hypothecam, tamquam ius rem afficiens, cum dominio constituentis hoc in casu non interire, ^{s)} data ceteroqui venditori contra emptorem actione ad interesse.

§. XXV.

Vsus verborum directorum et obliquorum in omnibus venditionibus deprehenditur.

At non modo in lege commissoria et addictione in diem tanta differentia verborum directorum et obliquorum observatur; sed et in omnibus venditionibus, cum adiuncta conditione celebratis, illorum magna est vis atque potestas. Sic in venditionis specie, ab Imperatoribus, DIOCLETIANO et MAXIMIANO, memorata, ^{t)} et sub hac lege contracta: *Vt si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, sit res inempta*, pignus constitutum facta solutione perimitur. E contrario autem, si partes conuenerunt: *Vt siue venditor siue heredes eius, emptori pretium quandocunque, vel intra certa tempora, obtulissent, restitueretur*, ^{v)} sine dubio hypothecariae actioni, etiam post restitutionem, locus est. Priore enim casu, quoniam res in eum statum reducitur, quo fuit tempore initi contractus, interea a possessore acta necessario corruunt: posteriore vero, cum demum a tempore existentis conditionis dominium emptoris infringatur, iura ab hoc rei imposita non possunt non ad illud usque tempus rata manere. Idem quoque affirmatur ex eo, quod illo casu venditor, soluta, quam acceperat, quantitate, ipso iure fiat dominus, hoc autem solum ope actionis personalis, qua emptor ad restituendum cogitur. Sed magnus hic licet fere communis notari meretur error pragmaticorum iurisque interpretum, ^{x)} qui in his venditionis speciebus pactum de retrouendendo

s) Consentunt GODOFR. DE IENA *loc. cit.* §. 58. 65. et 69. BRUNNE-MANNVS ad l. 2. C. de pact. int. emt. et vend. n. 5. STRYKIVS de cautel. contract. Sect. II. cap. 12. §. 55. CARPZ. P. II. C. 1. def. 17.

t) In l. 7. C. de pact. int. emt. et vend.

v) Sunt verba ALEXANDRI, Augusti, in l. 2. C. eod.

x) Inter illos quoque est STRYKIVS in *Vs. mod.* Lib. XXVIII. tit. 1. §. 40. et 61.

dendo deprehendi arbitrantur. Erroneam hanc esse sententiam, venditionemque in his exemplis sine pacto illo celebratam fuisse, cum ANT. FABRO ^{y)} propterea puto, quod impleta conditione nulla plane retrouenditione opus sit, et prior casu nequidem vlla retrotraditione, vt dominium rei venditae, quod emtori ex causa venditionis consecutaeque traditionis acquisitum erat, ad venditorem reuertatur; sed res vendita vel fiat ipso iure inempta, vel ab emtore sine noua venditione restituatur. Quando vero retrouenditio peragi debet, necessario requiritur, vt nouus emtionis venditionis contractus ineatur, et expresse in prima venditione dictum sit, vt emtor retrouendat, non vt res sit inempta, aut ab emtore solum reddatur. Nihilominus tamen conuentiones, de quibus quaeritur, ad legem commissoriam referendae non sunt: quamquam in hoc cum illa conueniunt, quod in vtrisque conditio resolutiua verbis vel directis vel obliquis adii- ciatur, ac resoluendae venditionis eadem ratio et aequitas subsit, ne emtor scilicet et rem venditam et pretium simul lucratur, quippe quod bona fides neutiquam patitur. ^{z)} Differentia itaque in eo se exferit, quod in lege commissoria pretium venditioni dictum praescripto die solutum ab emtore non fuerit, hic autem solutum quidem, sed a venditore debeat reddi.

§. XXVI.

His iam placet alium subiungere casum, qui speciem dominii, conditionato non multum absimilem, continet. Inspectendum nempe est, quid obtineat, si vxor marito rem aliquam donauit, quam hic pignori dedit, illa vero postea repetiit. Constat inter omnes, donationem a viro vxori, vel ab hac illi, factam, iure Rom. reprobari, huiusque sanctionis multiplices in legibus rationes reddi: ^{a)} vnde concludas, pignus

De re a coniuge coniugi donata.

y) V. EIVSD. tract. de erroribus pragmat. Dec. XXII. err. 2.

z) l. II. §. ult. et l. 50. ff. de act. emt.

a) Praecipuas memorant Icti in l. I. et 2. ff. de donat. int. vir. et vx.

pignus vel hypothecam, a marito in re, ab vxore donata, constitutam, non tam resolui, quam ipso iure nullam esse. Difficilioris igitur nihil hic enodandum foret, nisi haec donatio ex euentu quodammodo penderet, et huius respectu diuerso gauderet effectu. Nam si donans eam non reuocauit, per huius mortem ita confirmatur, vt cum omni imposito iure retroualeat, et tum perinde sit, ac si valida ab initio fuisset.^{b)} Si vero res donata a coniuge donante repetatur, vti omni die potest, tamquam legibus contraria; tum per hanc reuocationem pignus finiri dicendum est. Negari quidem nequit, maritum habuisse plenum dominium, remque tantum, quatenus exstat, restitui; propterea tamen adhuc pro valore hypothecae minus recte pronunciaretur. Nam, vt taceam, donantem verari in causa fauorabiliori ob legum, donationes inter coniuges prohibentium, auctoritatem et assistentiam, atque ob hanc causam recipere debere rem suam ab omni onere liberam; id inprimis sententiam meam firmissime suffulcit, quod contra donatarium, iusto titulo destitutum, competat rei vindicatio,^{c)} quodque toto negotio corruente et annihilato aliae obligationes, illud pro fundamento agnoscentes, necessario simul collabantur. Hanc quoque sententiam potius approbare, quam reiicere, videtur PAPINIANVS,^{d)} quando vxorem possessionem praedii, marito donati et ab hoc oppignorati, post diuortium recuperasse, idemque ob debitum viri pignori dedisse, narrat. Nec alio iure vtimur in donationibus quingentos solidos excedentibus, nec insinuatis, nec vltima voluntate confirmatis.^{e)} Hae enim, cum quoad summam quingentis solidis maiorem iure non valeant, quocunque tempore reuocari possunt, atque ob modo allatas rationes in dominium

*De donatione
500 solidos
excedente, nec
insinuata.*

b) l. 1. et 3. C. de donat. int. vir. et vx. et l. 32. §. 2. et 13. ff. eod.

c) Siquidem res donata adhuc exstat: si consumpta sit, condicatur, quatenus locupletior quis eorum factus est. l. 5. §. 18. eod.

d) In l. 1. §. 4. ff. de pign.

e) l. 25. C. de donat. int. vir. et vx.

minium prioris possessoris sine omni onere redeunt. Secundum iuris Rom. tradita idem quoque obtinere certum est in donationibus, quas parentes in liberos cuiuscunque sexus, in potestate sua constitutos, conferunt: ^{f)} cum nec istae, nisi parentes in ea voluntate perseverantes decedant, conualescant. ^{g)} Hodie vero huiusmodi donationes, saltem quoad quingentos solidos, confirmatione non indigere; sed dominium in liberos statim ita transferri, ut, dummodo vel ob aetatem, vel alias rationes, non prohibeantur, rem donatam hypothecae semper duraturae recte supponant, ^{h)} nonnulli recentioris aevi Doctores, iuris natu-

De donationibus parentum.

f) V. ANT. MERENDA *controuers. iur.* Lib. I. cap. 23. et 24. et ASCAN. CLEMENTINI AMERINI *tract. de Patria Potest.* cap. VI. effect. 2. n. 2. et 32 sq.

g) V. PAVLVS *recept. sent.* Lib. V. tit. II. §. 3. Non tamen sola patris morte confirmantur, l. I. §. I. ff. *pro donato.* l. 2. §. ult. ff. *pro hered.* sed accedente extremo eius iudicio l. 8. ff. *de collat. dot.* Notabilis etiam est quaestio, an donatio filio, in potestate patris existenti, facta pro legitima statim valeat, an vero expectanda sit mors patris? Eam non valere putat FACHINEVS *controuers. iur.* Lib. III. cap. 79. Sed contrarium verius videtur ob l. 25. ff. *de inoffic. testam.* et l. 35. §. 2. C. *eod.* Quapropter hypothecam, a filio in eiusmodi re donata constitutam, esse validissimam, dubio caret.

h) Si nulla alia pro hac sententia militaret ratio, inquiunt eius defensores, haec sola sufficeret, quod iniquum foret, negotia bona fide celebrata, praetextu illius a Rom. fictae unitatis, irrita dicere. Vid. TITIVS in *diff. de contractibus Patris et liberorum, in potestate eius existentium* §. 49. Et certe haec opinio aequitate maxime se commendat: quia, si lege Quiritum standum esset, summum ius summa fortassis foret iniuria. Interea litem non mouebo, qui receptum esse in Germania ius Rom. circa patriae potestatis effectus contendunt: licet solidis argumentis destitui non videatur THOMASIVS in *diff. de usu pract. tit. Inst. de Patria potestate* cap. II. §. 14. sqq. docens, patriam potestatem Rom. apud Germanos nec olim nec hodie regulariter receptam esse, paucos tamen effectus, ubi receptio probari possit, excipi debere. Ceterum contractus inter parentes et liberos simpliciter valere, si obiectum, circa quod contrahitur, distinctionem creditoris et debitoris admittat, sententia est TITII *l. c.* §. 39. Eiusmodi vero negotia magis ex aequo et bono, quam secundum rigorem iuris ciuilis peragi debere, arbitratur Vir Consult. D. FERDIN. AVG. HOMMEL in *erudita diff. de Usu hodierno patriae potestatis Rom. in foris Germ. speciatim Hamburgensi*, Lips. 1732. habita.

naturae aequitatem rigori legum ciuiliū praeferentes, statuunt.

§. XXVII.

*De hypotheca
a bonae fidei
possessore con-
stituta.*

Facultas autem constituendi hypothecam vti inter domini effectus iure refertur; ita possessori rei alicuius eatenus competit, quatenus dominus illius appellari meretur. Sed contingit aliquando, vt hypotheca etiam contracta sit ab eo, qui numquam verus rei oppignoratae dominus, sed solum bonae fidei possessor fuit: cuius dominium a iuris interpretibus fictum vocari consuevit. Inquirendum itaque est, quousque duret eiusmodi pignus, et quinam istius valor sit, ficto domino iure et possessione sua priuato. Creditorem, pendente bonae fidei possessoris dominio, ius in re habere firmum ac validum, nemo inficias ibit; id tamen quoque non minus expeditum est, hoc ius hypothecarium, domino vero superueniente, et rem suam vindicante, omnes amittere vires. Nam non solum ex natura vindicationis, vero domino competentis, hoc statim euincitur; sed ipsa quoque sana ratio docere videtur, eum qui tantummodo possidet, nec reuera dominium habet, legitimo domino iniquam conditionem inferre non posse, ideoque, quidquid in huius praeiudicium vergat, ita considerandum esse, ac si plane actum non sit. Et sic hypotheca, a non domino constituta, creditori, post superuenientiam veri domini, actionem realem amplius non tribuit. Idem innuit *VLPIANVS* ⁱ⁾ per verba: *Creditorem per Seruianam Praetor ita tuetur, quemadmodum debitorem per Publicianam.* Iam vero notum est, exceptionem domini actionem Publicianam penitus excludere: ^{k)} multo magis igitur creditorem, pignoris ius a bonae fidei possessore nactum, verus dominus repellit, ^{l)} qui rem suam aut vindicat, aut forte ob causam absentiae, minorennitatis, aliamue,

i) l. 18. ff. de pign.

k) l. 16. et 17. ff. de Public. in rem act.

l) Conf. 10. BALTH. Lib. Bar. A. WERNHER *sel. obseruat. for. T. II.*
P. 9. obs. 102. p. 510.

aliamue, in integrum restitutus, recipit. Nam et toties semper hypotheca finitur, quoties per restitutionem in integrum veri et priores domini iterum in possessionem mittuntur. Haec enim, cum omnia in priorem statum reducat, interea gesta non finit rata manere. Et propterea nec pignus tenet, quod emtor in re aliqua constituit, cuius possessionem et dominium venditor postea per hoc remedium recuperauit.

§. XXVIII.

Finem huic capiti iam imponerem, nisi daretur species hypothecae, ab ea, de qua huc vsque actum est, aliquo modo diuersa, quam intactam relinqui bonae methodi ratio vetat. Sciunt enim, qui iura norunt, hypothecam non solum constitui in quodam indiuiduo seu re singulari, sed eidem quoque vniuersitatis corpora, quae Icti communiter facti vocant, recte subiici. Quapropter videamus, quid de valore eiusmodi hypothecae statuendum sit, posteaquam partes nonnullae huius corporis alienatae fuerint. Superfluum foret, multis hic ostendere, ipsam vniuersitatem, si tota a debitore in alium transferatur, nihilominus creditori obligatam manere, siquidem eius oppignoratio quoad cetera se recte habeat: cum hoc ex ipsa obligationis pignoratitiae natura fluat, et alio capite pertractari debeat. De eo itaque hic solum quaeritur, an, resoluto dominio constituentis in partibus quibusdam vniuersitatis oppignoratae, pignus simul euanescat. Vt res clarior euadat, subiicienda sunt exempla, in legibus hac de re obuia. Alterum affert MARCIANVS, ^{m)} de grege pignori dato loquens; alterum SCAEVOLA, ⁿ⁾ tabernae, hypothecae suppositae, mentionem faciens. De vtroque sine dubio verior est sententia, qua partibus quibusdam a domino alienatis, creditori omne in eas aduersus possidentem ius denegatur, ^{o)} nisi ab initio aliud inter contrahentes actum sit.

*De hypotheca
in corporibus
vniuersitatis.*

*Vt in grege et
taberna.*

G 2

Huic

m) l. 13. princ. ff. de pignor.

n) l. 34. princ. ff. eod.

o) Consentunt CARPZOV. P. II. const. 23. def. 13. et BACHOVIVS l.c. Lib. II. cap. 5. n. 2. sq.

Huic sententiae sine haesitatione calculum adiiciet, qui considerat, ipsam harum rerum naturam hoc requirere. Contrarium enim si obtineret, omnis vsus gregis vel tabernae debitori praeccluderetur, eique ob interdictam negotiationem summa iniuria inferretur. Deinde res semper intelligitur obligata cum sua qualitate, ita, vt si seruando seruari, vel sine manifesto debitoris damno, quod proinde in creditorem pariter redundat, retineri non possit, omnino licita sit eius alienatio. His accedit, quod plerumque singulae merces vel ouiculae non magni sint pretii, ideoque inter minima, quae Praetor non curat, referri mereantur. Controuerfiam autem optime decedit SCAEVOLA, de mercibus tabernae fanciens, *eas, quae mortis tempore debitoris in taberna inuenta sunt, pignori obligata esse*, non illas, quas viuis distraxit. ^{p)} Nec est, quod hac dere conqueratur creditor; dum hoc incommodum alia utilitate exfarcitur. Omnes enim oues gregi adiunctae, vel merces in tabernam collatae, etiam si prioribus capitibus decedentibus totus grex renouatus, vel tota taberna nouiter instructa, fuerit, testante MARCIANO, pignori tenentur. Praeterea creditori sine dubio integrum est, merces taberna quasi includere, et profusam alienationem ope iudicis inhibere, debitore dolose agente, atque res suas in fraudem creditoris dilapidante. ^{q)} Sed, quod hic de hypotheca vniuersitatis dixi, trahi non debet ad generalem omnium bonorum. Creditor enim hac munitus, aduersus tertium possessorem, debitore, tamen prius excusso, hypothecaria experiri valet: ^{r)} quod cum expediti iuris et alius loci sit,

p) d. l. 34. Hinc CARPZOVIVS *loc. cit.* incongrue ratiocinatur, debitorem in taberna eas solummodo merces, quae tempore mortis in illa inueniuntur, ex tacita conuentione pignori dare. Partes potius in contrahendo ad tam incertum euentum respicere non videntur. Nam quid? si tempore mortis nulla merx adest? Quis ergo creditor rerum suarum tam incurius erit, vt haec non praeuideat?

q) V. NEGV SANT. Part. II. m. 2. n. 17. sqq.

r) V. STRYKIVS de *cautel. contract.* Sect. II. c. 4. §. 16. CARPZ. P. II. const. 18. def. 17.

fit, ego non hic moror. Et sic progredior ad alterum illum effectum hypothecae, quo post resolutum constituentis dominium aduersus quemcunque possessorem creditori ius reale aliquando saluum manet. Si vero adhuc dantur casus sub rubrica huius tituli recensendi, et hic omissi, illi, vel plane nulla explicatione indigebunt, vel ex aliis similibus, a me memoratis, facili negotio poterunt diiudicari.

CAP. III.

DE

HYPOTHECA POST RESOLVTVM
CONSTITVENTIS DOMINIVM
VALIDA.

§. XXIX.

Satis decantatum, et omnibus, qui primis tantum labris scientiam iuris nostri degustarunt, notum est, ita quemcunque rerum suarum esse arbitrum, vt pro lubitu de illis disponat, nisi lex vel conuentio obftet. Haec libere suis rebus vtendi facultas hunc quoque effectum habet, vt dominus, ad obligationem eo magis firmandam, alii ius concedere possit, quo non modo personam, sed et rem debitoris, sibi deuinctam teneat. Quod ius cum postea sine iniuria creditori non adimatur, rem regulariter in omnem possessorem sequitur. Itaque cum suo onere res dicitur transire, nouusque dominus fauorabiliore, quam prior, a quo ius suum nactus est, conditione gaudere nequit. Hanc tamen regulam omni exceptione maiorem non esse, sed dari quoque aliam, qua resolutio iure dantis aliquando et ius accipientis resoluitur, superiore capite fufius ostendi. Conuenit, vt nunc videamus, quando obligatio, cui res subiecta est, et tertium possessorem afficiat, creditorque et contra hunc hypothecariam actionem instituere valeat. Quae quidem potestas ipsi competit, quando debitor dominium rei pure et sine omni conditione consecutus est, nulloque impediante pleni domini ef-

Ius reale regulariter transit in omnem possessorem.

De re ob enormem laesionem auocata.

Sententia
BALDI.

fectus exercet. Tum enim eam rerum suarum facere potest conditionem, quam vult, iusque, ipsis semel legitime impositum, illorum substantiae inhaeret, donec postea rite tollatur. Inter exempla huc referenda occurrit primo loco casus, quem suppeditat res, ob enormem laesionem a possessore auocata, ^{s)} et ab hoc hypothecae supposita. Quid hic iuris sit, admodum diuersa est ICtorum opinio. Ante prima signa vtriusque partis dimicant BARTOLVS et BALDVS, nomina admodum celebria, ille hypothecam post dominium constituentis resolutum valere, hic pignus simul extinguere, contendens. ^{t)} Non dubito, prioris sententiam, vt veritati magis consentaneam, amplecti, licet aliis, ^{v)} quam quos BARTOLVS adducit, rationibus commotus. Vt ergo veritas magis elucescat, aliorum obiectionibus occurrendum est, priusquam argumenta, pro valore hypothecae facientia, afferantur. Dissidentes vero asserta sua quatuor imprimis argumentis firman, quorum primum ducunt a fundo vectigali, ab emphyteuta in scio domino pignori dato, et hinc inferunt, sicut hic, canone postea non soluto, ad dominum libere reuertitur, ^{x)} ita et rem venditam, ab emptore oppignoratam, sed ex lege condictam, ad venditorem sine onere redire. Deinde in subsidium vocant exemplum rei, per additionem in

s) Repetit enim venditor rem, infra dimidium veri pretii alienatam, ob beneficium l. 2. C. de rescind. vend.

t) BARTOLVM sequuntur ANTON. MERENDA *controuers. iur.* Lib. I. c. 45. IO. GARS. a SAABEDRA de *hypotheca post contractum viuente aut moriente* §. 26. sq. BACHOVIVS de *Pign.* Lib. V. c. 13. §. 6. VINNIVS *sel. iur. quæst.* Lib. II. c. 5. aliique. A partibus BALDI stant NEGVSANTIVS de *Pign.* Part. V. m. I. n. 43. PINELIVS in d. l. 2. P. II. c. 3. n. II. FRANTZKIVS de *laudemis* cap. 14. n. 148. ANDR. FACHINEVS *controuers. iur.* Lib. II. c. 33. qui plures vtriusque sententiae defensores sistit.

v) Nam BARTOLVS rationem decidendi praesertim a voluntaria et necessaria resolutione petit: quam tamen rem non conficere supra Cap. I. §. 8. ostendi.

x) l. 31, ff. de pign. vid. supra cap. II. §. 15.

in diem venditae, ^{y)} atque ab hoc ad casum, de quo quaeritur, concludunt. Porro dicunt, si emtori rem emtam sine restrictione efficaciter hypothecae subiicere liceret, in eius quoque potestate foret, venditoris conditionem reddere deteriore; hoc autem tam a iuris, quam aequitatis ratione abhorrere. Denique resolutionem contractus fieri hic ex necessitate iuris autumant; dum emtor tenetur, aut rem restituere, aut, quod iusto pretio deest, supplere: et sic hypothecam post extinctum constituentis dominium amplius non consistere, arbitrantur.

§. XXX.

Sed tam falsa esse haec ratiocinia, quam primo obtutu ^{Quae refutatur.} speciem veri habere videntur, vnique, diligentius rem perscrutanti, in oculos incurret. Ante omnia vero praesupponi debet, emtorem in re emta plenum et perfectum dominium fuisse consecutum: ^{z)} id quod eo minus dubii habet, quo adeo emtori, rem sub conditione resolutiua sibi comparanti, hoc asseritur. ^{a)} Iam quod ad primam obiectionem attinet, ea, ob magnam vtilis et pleni dominii differentiam, tota corrui. Vtilis enim domini potestas ita circumscripta est, vt nihil valide suscipiat, quod domino directo detrimentum affert: cum e contrario ille, qui plenum dominium exercet, a nullius nutu pendeat, resque suas, prout libet, obliget. Nec exemplum emtoris, cui res in diem addicta est, contrariae sententiae aliquid roboris addit. Venditor enim pacto, vt conditionem suam meliorem facere possit, sibi prospexit; quod effectum destitueretur, si intermedio tempore possessor rem valide pignori daret. In casu autem controuerso, nec pactum, nec simile quidquam, quo venditor sibi consuluerit, adest; vnde, quae in fauorem illius introducta sunt,

y) l. 3. princ. ff. *Quib. mod. pign. sol.* Conf. cap. praec. §. 22.

z) Ratio est, quia emtor in totum ius vendentis succedit, si nulla conditio, dominium ipsius restringens, contractui adiecta fuit, l. 156. §. 2. sq. ff. d. R. I.

a) l. 4. §. 3. ff. d. in diem addicta.

sunt, huic nullo modo proderunt. Iuri quoque ac aequitati minime repugnat, quod emtor in praeiudicium venditoris rem emtam hypothecae supponat. Hic enim per venditionem, sine vlla conditione initam, omne suum ius in emptorem transtulit, et sic in huius facta tacite quasi consensit. Praeterea nemo, quod sibi expedit, omittere tenetur, etiamsi aliis noceat: ^{b)} nec dolose aut male agit, qui suo iure utitur. ^{c)} Demum nec controuersiae neruum infringit, quod dicunt, resolutionem hic ex necessitate iuris procedere. Licet enim lex venditori facultatem rem venditam condicendi concedat; propterea tamen resolutio non fit ipso iure, cum adhuc venditori liberum sit, an hoc remedio uti velit, nec ne. His tandem alia argumenta, veram sententiam maxime corroborantia, accedunt. Quid enim, si emtor venditione in aliam rem, de qua quaeritur, transmisisset? Tum ad vnum omnes confiterentur, eum hunc nouum emptorem fecisse dominum, nec primo venditori aduersus illum dari actionem. Iam, qui alienare potest, recte quoque hypothecam constituit, nisi specialiter prohibeatur. Nam non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere. ^{cc)} Porro supra pluribus ostendi, hypothecam nihil valoris perdere, si res ab oppignorante simpliciter restituitur: quoniam tum is, qui rem recipit, actione solum personali, quippe quae realem habenti non nocet, experiri potest. Cum itaque in memorato casu ob personalem actionem, venditori tributam, simplex tantum restitutio fiat, sequitur, eam iuri creditoris reali, ne minimum quidem detrahare. Atque hoc eo certius est, quod nec aliud in re redhibita, et ab emptore oppignorata, obtinet: quod ut exsequar pluribus, operae pretium videtur.

§. XXXI.

Reperimus in Rom. iure ^{d)} ex Edicto Aedilium Curulium

De re redhibita.

^{b)} l. 26. ff. de damn. infect.

^{c)} l. 55. ff. de R. I.

^{cc)} l. 21. ff. eod. l. 9. §. 1. ff. de pign.

^{d)} l. 1. §. 1. ff. de Aedil. edict.

lium sancitum, vt, *qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quod morbi vitiique cuique sit.* Quodsi non fecerint, Aediles promittunt, se emtori, omnibusque, ad quos ea res pertinet, iudicium esse daturus, vt id mancipium redhibeatur. Non solum autem mancipium, sed et iumenta atque omne reliquum pecus, nec non aliae res, tam mobiles, quam immobiles, ^{dd)} si vitio occulto laborant, hocque a venditore indicatum non fuit, iure redhibentur: quod eo vsque verum, vt etiamsi deterior res vendita ab emtore facta sit, venditor tamen illam recipere cogatur, damno ab emtore refarcito, et praestito eo, quod venditoris interest.^{e)} Sed proponit VLP IANVS ^{f)} quaestionem: *Si debitor, cuius res pignori obligatae erant, seruum, quem emerat, redhibuerit, an desinat Seruianae locus esse? et respondet, magis esse, ne desinat, nisi ex voluntate creditoris hoc factum sit.* Cum eo quoque consentit PAVLVS, ^{g)} *Pignus, in-
quiens, manebit obligatum, etiamsi redhibitus fuerit seruus.* Cur autem I Cti in hanc sententiam inclinauerint, facile est iudicatu ex rationibus praegnantibus, quae aliud permittere non videntur. Emtor enim, si pure, vt hic praesumitur, emit, perfectum et omnibus numeris absolutum dominium consequitur; ideoque de re emta, vti placet, libere disponit. Nec rem, comperto vitio, praecise in eo statu, quo accepit, reddere tenetur; sed simplici restitutione liberatur; dummodo venditori de damno forte dato caueat. ^{h)} Immo cum Edictum Aedilitium latum sit, vt occurratur fallaciis vendentium, et emtoribus succurratur, ⁱ⁾ aequum est, vt eius, qui bona fide agit, melior conditio sit, quam qui in dolo
verfa-

dd) l. 38. princ. et l. 49. ff. eod.

e) l. 23. princ. ff. eod.

f) l. 4. princ. ff. *Quib. mod. pign. solu.*

g) l. 43. §. 8. ff. *de Aed. ed.*

h) l. 21. §. 1. ff. eod.

i) l. 1. §. 2. eod.

versatur. Scrupulum adhuc mouet IAVOLENVS,^{k)} docens, in redhibitione tempus eius, qui redhibuerit, venditori accedere, quoniam ea venditio proprie dici nequeat; vnde sequi posset, emptorem intermedio tempore plenum dominium non habuisse, eaque de causa pignus frustra contraxisse. Sed emptor in omne venditoris ius succedens huius dominium continuauit, quod per redhibitionem totum ad venditorem reuertitur, et tempus, quo emptor possedit, ipsi eo effectum accedit, vt vsucapio absque interruptione possessionis procedat. Ob liberam tamen de re disponendi facultatem rata manent, quae interea gesserit possessor. Sic pariter dictis non contrariantur tradita PAULI,^{l)} quod, facta redhibitione, omnia in integrum restituantur, perinde, ac si neque emptio neque venditio intercessisset. Id enim Ictus solum intendit, facta contractus resolutione, rem cum omnibus accessionibus restitui debere, vt vterque nihil amplius adipiscatur, quam haberet, si venditio facta non esset.^{m)} PAVLVS itaque pignus non inualidum aut nullum declarat; sed vult, vt emptor rem ab eius onere liberet, atque etiam post redhibitionem ad hoc maneat obligatus. Denique nec hypotheca, cui res supposita est, detrimento aliquo afficit venditorem: cum tantum de pretio retinere possit, quantum ad nomen soluendum requiritur. Si vero fingas, rem esse redhibitam, pretiumque a venditore restitutum, nexu pignoris nondum soluto, actio ad rem liberandam venditori non denegatur. Ex allata enim PAULI sententia res in eum statum, quo tempore venditionis fuit, est reducenda.

§. XXXII.

*Dere, vendita
sub conditio-
ne, nisi emto-
ri displicat
set.*

Venditionis contractu pure celebrato, et ob causas modo recensitas resoluto, vidimus, rem cum suo onere ad venditorem reuerti. Sed quid? si conditio adiecta, et sic res distra-

k) l. 19. ff. de Vsucap.

l) l. 60. ff. de Aed. ed.

m) l. 23. §. 1. ff. b. t.

distracta est, *nisi emtori displicuisset*: an et tum hypotheca rem adhuc afficit, postquam, se amplius rem habere nolle, declarauit. Decidit VLPIANVS, ⁿ⁾) MARCELLI auctoritate, *pignus* hoc in casu *non finiri*. Atque haec sententia omnino iusta, solidisque subnixa est fundamentis. Nam dicta conditio minime resolutiua est, aut resolutiuae vim habet, vt ea existente ipso iure resoluatur et annulletur contractus; sed, si emtor legem contractus exercere ac rem reddere velit, datur ipsi in hoc, vt venditor rem recipiat, actio ex emto, aut proxima emti in factum praescriptis verbis. ^{o)}) Ipso iure igitur valida est emtio, et ex arbitrio et voluntate emtoris solum retractatur. Constat enim rem non esse sub conditione distractam, sed emtionem solum resolui sub conditione, vt ait VLPIANVS. ^{p)}) Iam absolum foret et iniquum, in emtoris quoque voluntatem conferri ius pignoris, quod ipse constituisset in re, cuius vere dominus fuit, quamque propterea hypothecae subiicere potuit. Nam creditori ius, semel legitime quaesitum, inuito non aufertur; inprimis, cum resolutio ex nunc, vt loquuntur, hic procedat. Nec grauer hoc ferat venditor, qui plenum dominium in emtorem transferens, scire debuit, pignus, ab hoc utiliter contractum, sola debitoris voluntate postea non finiri. Et ob eandem hanc rationem superiore capite monui, pignus quidem in re per additionem in diem vendita, regulariter non subsistere, valere tamen, conditionis euentu in emtoris arbitrium collato. ^{q)}) In vtroque itaque casu, quoniam venditor ad rem, in quocunque sit statu, recipiendam tacite se obligasse censetur, simplex tantum fit restitutio, et hypotheca-

H 2

rium

n) l. 3. in fin. ff. *Quib. mod. pign. sol.*

o) l. 6. ff. *de resc. vend.*

p) l. 3. ff. *de contrah. emt.*

q) Veluti si hoc erat nominatim actum, vt liceret resilire emtori, meliore conditione allata, l. 9. ff. *de in diem addict.*

rium creditoris ius dissolutione contractus ne minimam patitur deminutionem. ^{r)}

§. XXXIII.

*De venditione
cum pacto de
retrouenden-
do.*

Conditiones, contractibus adiunctas, egregios producere effectus, tot conventionum species, in iure nostro obuia, satis docent. Resolutiuis, quae verbis directis expressae, efficiunt, vt dominium rei, existente conditione, in priorem dominum ipso iure redeat, atque omnia interea a possessore gesta, vim suam amittant, a tot legum interpretibus, ^{s)} ea quoque annumeratur, quae venditori ius rem venditam reluendi conseruat, si vel intra certum tempus, vel post illud, vel quandocunque, idem pretium offerat: qua de re, si partes conuenerint, hoc illorum pactum vulgo de retrouendendo vocatur. Sed admodum graui, licet, communi fere errore laborant, qui hanc sententiam, vt veram, venditant. Nam venditio cum pacto de retrouendendo non potest per retrouenditionem resoluta dici: quia haec non efficit, vt prior contractus pro non inito habeatur; sed potius requirit, vt subsistat, quo retrouenditio locum inueniat. Ex hac ratione dominium rei, quod a venditore in emtorem translatus fuerat, ab hoc illi iterum ceditur, non tamquam ab emtore, sed tamquam a nouo venditore. Iam si prioris venditionis potestas salua non maneret, de transferendo per retrouenditionem dominio frustra quaereretur, cum ipsa retrouenditio superflua foret, et rem suam recipiens ipso iure ob pactum dominus rei reddendae fieret. Deinde, quemadmodum venditio nuda, quae traditione destituitur, dominium in emtorem non transmittit; ita nec dominium, quod emtor sibi emendo acquisiuit, ad venditorem vlllo modo recurrere potest, nisi mediante retrouenditione, per quam scilicet secunda venditio perinde impleatur, ac prima iam impleta fuit.

Tandem

^{r)} Idem sentiunt ANT. FABER de *erroribus pragmat.* Dec. XXIII. err. 2, et BACCHOVIUS l. c. Lib. V. c. 13. §. 6.

^{s)} Inter illos quoque est STRYKIVS in *Vf. modern.* Lib. XVIII. tit. I. §. 36.

Tandem quoque pactum retrouenditionis non esse resolutiuum, vel ex fructuum, qui, vt accessiones naturales causam dominii sequi solent, perceptione patet. Nam, cum venditio sub lege commissoria aut per additionem in diem celebrata fuit, omnes fructus medio tempore percepti, ad emptorem quidem pertinent, sed ita, vt resoluta venditione eos venditori restituat. ^{t)} At post retrouenditionem emptor sibi fructus pro rata temporis, quo prior venditio durauit, irrevocabiliter retinet, nec venditori retroementi propter illos villo modo obligatur. ^{v)} Constat itaque pactum retrouenditionis a pactis resolutiuis toto coelo differre, ^{x)} magisque cum Fiduciis veterum Rom. per mancipationem sub reman-cipationis lege contractis, conuenire: hac tamen differentia intercedente, quod, distractis a creditore fiduciis, debitor haberet contra eum de superfluo actionem, ^{y)} emptor vero sub pacto de retrouendendo intra certum tempus, post eius lapsum, nulla actione venditori suo teneatur, etiamsi multo maiore, quam quo emerat, pretio vendiderit.

§. XXXIV.

Si itaque contractus de retrouendendo conditionem resolutiuam adiectam non habet, vti ostendi, exemplum a scopo alienum hic adduxisse videri possem. Sed, quoniam Doctores plerumque hoc pactum inter resolutiua referunt, ac vox resolutionis in sensu lato, licet per abusum, pro omni dominii translatione aliquando sumatur, hunc casum cum nonnullis similibus silentio praeterire nolui. Quid autem ratione hypothecae, intermedio tempore constitutae, hic statuendum sit, ex vero et perfecto dominio, quod emptori denegari nequit, statim apparet. Atque hoc dominium

*Hypothecam
ab emptore con-
stitutam vale-
re, probatur.*

H 3

emto-

t) l. 2. §. vlt. l. 6. ff. de in diem addict. et l. 5. ff. de leg. commiss.

v) l. 7. et 8. ff. de peric. et commod. rei vend. l. 2. C. de pact. int. emt. et vend.

x) Hanc materiam fusius persequitur FABER de error. pragm. dec. XXII. err. I.

y) V. PAVLVS recept. sent. Lib. II. tit. 13. §. I.

emtoris tam illimitatum est, vt non dubitandum existimem, eum et in alium valide illud transferre posse, nisi in prima conuentione omnis alienatio nulla fuerit declarata. ²⁾ Quamquam enim emtor pactum, quod tacite prohibitionem alienationis continet, transgrederetur, seque venditori ad id, quod interest, praestandum obligaret; tertius tamen possessor, quia a vero domino rem sibi acquisiuit, primo venditori obnoxius non foret. ³⁾ Cum itaque emtor rem alienare et de illa disponere queat, multo magis pignoris nexum semper durantem contrahere valet. Dantur tamen nonnulli, ^{b)} qui autumant, emtorem, rem cum pacto de retrouendendo sibi comparantem, non plus iuris habere, quam usufructuarium, aut maritum in fundo dotali, et quemadmodum alienatio aut hypothecae constitutio, ab his suscepta, vel ipso iure, vel post dominium extinctum, nulla est, ita et eiusmodi emtoris actum nullius esse valoris. Sed longe a veritatis via aberrant, qui haec sibi persuadent. Nam res ipsa hic est vendita, non ius aut seruitus in re aliena, et licet dominium postea in venditorem transferri debeat, non tamen hoc pro nudo usufructu habendum est. Deinde venditor nullum dominium in re tradita retinet, vt vxor in fundo dotali, cui adhuc naturale dominium tribuitur; nec emtoris dominium absolute reuocabile est: cum adhuc incertum sit, vtrum venditor retro emere cupiat, nec ne. Immo cum satis dictum fuerit, venditionem et retrouenditionem duos separatos esse contra-

2) V. STRYKIVS de *cautel. contract.* Sect. II. cap. 8. §. 56.

a) Hinc tamen non fluit, emtorem praestando interesse se a retrouenditione liberare posse. Nam distinguendum est inter effectum actus, quem respectu tertii habet, et illum, quem aduersus ipsum agentem producit. Emtor igitur praecise ad rem retrouendendam cogitur, si eam adhuc possidet, ob pactum, cui satisfaciendum est, et quo non solum ad faciendum, sed quoque ad dandum, se obstrinxit: licet dissentiat FABER l. c. Dec. XXII. err. 4. Conf. CARPZ. Part. II. C. I. d. 15. et RICHTERI decis. 97. n. 6. sqq.

b) Vt BERLICHIVS Part. II. conclus. 2. n. 57. et 63. et NEGVSAN- TIVS de *Pign.* P. V. membr. I. n. 44.

contractus, et priorem ante non tolli, quam posterior sit perfectus; sequitur, contraria cum tertio pactione creditori inuito ius suum non auferri, et propterea hypothecam etiam post retrouenditionem nihil amittere validitatis. ^{bb)}

§. XXXV.

Iuri retroemendi proxime accedit, multosque cum *De iure protimiseos seu retractus.* illo effectus communes habet, ius protimiseos, quo vel cognatus, vel vicinus, vel socius, vel omnis denique venditor, qui in prima conuentione per pactum sibi de eo prospexit, idem, quod alius soluere vult, pretium offerendo vendentem adigere potest, ad rem sibi prae alio vendendam. Re autem iam alienata obtinet ius retractus, ^{c)} vi cuius res vendita ab emtore intra certum tempus auocatur. Quod tamen quando fieri debet, inprimis videndum est, num retrahens conuentioni, an legi, innitatur. Illo casu, actio contra emtorem, in quem res iam fuit translata, non datur: cum

^{bb)} Licet autem dicta analogiae iuris exacte conueniant, et vbique in iudiciis obseruentur; non possunt tamen non res contrahentium inde admodum implicari. Qui itaque potestate legum ferendarum pollent, multas praeciderent lites, publicamque vtilitatem non parum promoverent, si expressa lege rem definirent, et noua sanctione venditoribus certiore affligerent securitatem.

^{c)} Iuris retractus olim frequentissimum fuisse vsum, apparet ex l. 35. ff. de minor. Sed ille l. 14. C. de contrab. emt. ita temperatus est, vt iam liceat unicuique, etiam extraneo, vendere. Hinc ex omnium fere Ictorum opinione is, qui ad praxin huius iuris prouocat, eam probare debet. Prostat de iure protimiseos in Statut. Hamburg. P. II. tit. 8. art. 3. sanctio singularis, qua is, qui domum suam vendere cupit, illam antea per duos ciues, res immobiles possidentes, duobus ex agnatis, proximam spem succedendi habentibus, emendam offerre tenetur. *Ibidem* etiam art. 5. inuenimus sancitum: Wenn in dieser Stadt und derselben Iurisdiction Güter auf Leute, die allhier keine Bürger oder Unterthanen seyn, versterben, und derselben Erben einer vor der Theilung den Erbfall verkauffte; so ist derselbe, der die Theilung thun, und das Gut von sich geben soll, der nächste zu dem Kauff, wenn er die Pfennig, darum der Erbfall verkaufft ist, erlegen will. Ceterum ius retractus egregie illustrauit Vir Consult. D. LÜD. MENCKE in diss. de Retractu filiorum gentilitio in feudis. Lips. 1710.

cum contractus non rem, sed personam tantum, afficiat, ^{d)} et hinc contra tertium possessorem actionem non producat. Hoc vero casu, quando nempe vi legis, seu ex iure consanguinitatis, aliquis fundum venditum retrahit, competit actio personalis quidem, sed in rem scripta, ^{e)} vi cuius tertius etiam possessor ^{f)} intra annum, ^{g)} a die scientiae computandum, ad restitutionem fundi cogitur. Et hic casus posterior occasionem inquirendi praebet in valorem hypothecae, ab emtore ante retractum constitutae. Hanc non modo pendente constituentis dominio valere, sed nec post eius resolutionem interire, ex variis argumentis deducitur. Possesse emtorem fundum oppignorare, eo minus dubii habet, quo certius est, illum plenum esse dominum, atque in vendentis ius ita successisse, ut eosdem, quos hic, actus libere suscipiat. Magis fortasse *παράδοξον* videtur, emtorem per hypothecae constitutionem ei, qui fortiore et potentiore iure gaudet, iniquam conditionem inferre posse. Sed ne dicam, retrahentem retentione pretii ad eam summam, quae debetur, omne fere detrimentum euitare, id praeterea sententiam meam firmat, quod plenum dominium habens eam rerum suarum dicere legem queat, quae lubet. ^{h)} Dixeris tamen forsan, ad perpetuum hypothecae valorem non solum perfectum, sed et irrevocabile, constituentis dominium requiri: quod etiam eatenus verum est, quatenus resolutio dominii in ipsa eius acquisitione fundatur. In memorato autem

d) l. 3. ff. de O. et A.

e) Unanimem Ictorum hac in re consensum ipse citat STRYKIVS in *Vf. mod.* Lib. XVIII. tit. I. §. 24.

f) Actio enim personalis et in rem simul scripta perinde rem afficit, et possessorem sequitur, ac vere realis, l. 3. §. 3. ff. ad exhib. l. 9. §. fin. ff. *Quod met. caus.* GAIL. P. O. Lib. II. obs. 19. n. 6.

g) V. BEYER delinea. iur. Germ. Lib. II. cap. 21. §. 31. Hic terminus in *Stat. Hamburg.* l. c. §. 4. ad duos menses restrictus est, verbis: Wann jemand in dieser guten Stadt des Iuris Retractus oder Vorkauffes genießen, und in den Rauff treten will, der soll, wenn er gebührlisch ersuchet, alsbald, oder je auf das höchste innerhalb zweyen Monathen, sich erklären.

h) l. 21. C. Mandati.

autem casu venditio ipso iure valida est, nec ob defectum dominii resoluitur; sed retrahens vt nouus venditor consideratur. Deinde quoque admodum incertum est, num hic iure suo vti velit: de quo non prius constat, quam se declarauerit. Quis ergo dicere auderet, actuum legitimorum validitatem ab huius voluntate suspendi? Praecipua vero et palmaria ratio est, quod resolutio hoc in casu ex *nunc*, vt loquuntur, fiat: vnde sequitur, omnia negotia, a possessore tempore intermedio gesta, vsque ad existentem resolutionem plenissimi esse valoris. Id tamen adhuc circa hanc materiam monendum erit, casum modo recensitum a fideicommissis familiae plane distingui debere. In his enim cum omnis venditio et alienatio, ob prohibitionem primi acquirentis, ipso iure nulla sit,ⁱ⁾ de validitate hypothecae, cui forte subiectum fuit, post extinctum dominium constituentis frustra quaereretur.

§. XXXVI.

Resoluta venditione, qua perfectum dominium in emptorem translatum fuit, hypothecam, antea ab emptore constitutam, validam manere, nisi resolutio ipso iure fiat, tot exemplis iam ostensum est, vt hac de re plura verba facere superfluum foret. Nil noui itaque cum de venditione ob pactum non seruatum resoluta^{k)} afferri possit, ad easdem solum, quas in aliis casibus similibus iam adduxi, rationes prouoco. Et licet hac in specie anomalia quaedam in fructibus obseruetur, dum illorum restitutio incumbit emptori,^{l)} ob dolum admissum,^{m)} vel pactum non impletum; haec tamen non efficit, vt constituta hypotheca irrita dicatur. Nam, fructus

*De venditione
ob pactum non
seruatum re-
soluta.*

i) l. fin. §. 2. sq. C. commun. de legat. et Auth. Res quae C. eod. GAIL. Lib. II. obs. 137. n. 1.

k) Exemplum suppeditat l. 6. C. de pact. int. emt. et vend. loquens de fundo, qui, certae rei contemplatione habita, exiguo pretio venditus, et non impleta promissi fide restitutus erat.

l) In d. l. 6. IMPERATORES aiunt: *Aditus competens iudex, fundum, cuius mentionem facis, restitui tibi cum fructibus suis, sine vlla ludificatione, sua autoritate perficiet.*

m) Requiritur tamen, vt dolum sit superueniens. Alias enim, si dat causam contractui bonae fidei, hic ipso iure nullus est, l. 7. pr. ff. de dol. mal. l. 16. §. 1. ff. de minor.

propterea reddendi sunt, ne emtor fraudis suae sentiat praemium, aut pars innocens damno immerito afficiatur: hypotheca vero, a pleno domino constituta, sine iniuria creditoris, bona fide agentis, hic non interiret: cui accedit, quod contractus venditionis non ab initio, sed ex post facto, quod tertio non praeiudicat, nullus fieri dicatur. Venditor autem rem condictione causa data causa non secuta repetit, ⁿ⁾ pariter ac is, qui sine venditione simpliciter solum rem quamdam dedit, eo fine, ut sibi ab accipiente aliud quid praestetur. Sed nec dator aliter, quam memoratus venditor rem datam recipit, hoc est, cum onere hypothecae, cui rem subiicit accipiens, et quidem propterea, quod constituens plenum dominium usque ad resolutionis tempus habeat, atque resolutio non ipso iure, neque ex tunc, sed petente demum datore, et ex nunc, contingat. Non enim vindicatione, ^{o)} sed condictione, ^{p)} suum consequitur dator, et sic neque ab initio contractum rescindere, neque actione personali ius in re habentium conditionem deteriore reddere, potest. Nec aliud statuendum esse de re ob turpem vel iniustam causam condicta, ^{q)} et antea oppignorata, paritas rationis suadet. Nam

De condictione ob causam datorum.

De condictione ob turpem causam.

- ⁿ⁾ Toties haec conditio locum inuenire videtur, quoties aliquid datum, seu, quod eodem redit, venditum, ob causam, quae non secuta est, arg. l. ult. ff. b. s.
- ^{o)} Constare tamen debet, num res ita data sit, ut statim fiat accipientis, an secuta demum causa. Illo enim casu procedit omnino vindicatio, ob dominium non transmissum: hoc vero obtinet conditio, l. 7. §. fin. et l. 9. pr. ff. de iur. dot. V. IVST. MEIERI collegium Argentoratense Lib. XII. tit. 4. §. 12.
- ^{p)} Obstat l. ult. ff. usufr. quem. cau. videri posset, ubi VLPPIANVS; *Proditum est*, inquit, *neminem rem suam nisi furi condicere posse*. Sed dicendum est, domino non dari condictionem rei suae, nisi contra furem; dum in aliis casibus tantum petit, quod suum olim fuit: quae etiam est sententia GODOFREDI ad h. l. Ex his igitur dicta quoque de valore hypothecae post condictionem plenissimo corroborantur. Cum enim actor ne quidem rem suam, sed quae ante condictionem in possidentis est dominio, condicat, patet, hunc habuisse liberam de ea disponendi facultatem. Hypotheca autem in re furtiva constituta ipso iure inualida est: quia possidens numquam factus fuit dominus, arg. l. 11. ff. d. R. l. et vero domino tam contra furem, quam contra tertium possessorem vindicatio competit, §. ult. Inst. de Obligat. quae ex del. nasc. Statut. Hamburg. Part. II. tit. 8. art. 8. et Part. IV. art. 35.
- ^{q)} *Conditio ob turpem causam repeti posse, quoties solius accipientis turpitudine versatur*, CELSVS ait, referente VLPPIANO in l. 4. §. 2. ff. b. t.

Nam licet turpitudine accipientis eum indignum reddat dominio et possessione rei acceptae, et ex hac ratione actus illius possint nullius valoris videri; tertius tamen, qui haec ignorat, bonaque fide cum ipso contrahit, damnum inde sentire nequit. Nec est, quod dans ob turpem causam, et postea condicens, hac de re conqueratur. Semel enim per dationem in omnia accipientis facta tacite consensit, et voluit, ut hic pleni domini effectus exerceret: volenti autem non fit iniuria. ^{r)} Idem dicendum est de hypotheca rei, indebite solutae, et condictae. Error enim non impedit, quo minus verum dominium in accipientem transeat. ^{s)} Et hoc eo verius est, quo constat, ita accipientem rei datae dominum fuisse factum, ut datori condicenti nequidem semper ipsa res data restituenda sit, sed condicens aliquando tantumdem ex eodem genere, vel etiam pretium, si res plane consumpta sit, recipere teneatur. ^{t)} His igitur in casibus, cum verum et perfectum dominium translatum sit, nec lex vel conuentio illud restringat, hypotheca semper duratura recte constituitur.

*De condictio-
ne indebiti.*

§. XXXVII.

Eadem, quae attuli, argumenta pro valore quoque hypothecae, a donatario constitutae, post reuocatam ex causa ingratitudinis donationem militant. Plenum enim et omnibus numeris absolutum dominium sine vlla conditione resolutiua in donatarium transtulit donator, tempore donationis de ingratitudine minime cogitans. Non desunt tamen magni nominis viri, qui contrariam sententiam profitentur, illamque acriter defendunt. Inter illos imprimis se sistit ARIVS PINELLVS, ^{v)} propterea hypothecam per reuocationem interire putans, quod donatarius inuitus, et ita necessario, rem restituere cogatur. Sed debile et imaginarium esse hoc fundamentum, supra ^{x)} iam ostendi: cum tam in necessaria quam voluntaria restitutione, res cum suo onere in

*De donatione
ob ingratitu-
dinem reuo-
cata.*

I 2

acci-

r) l. i. §. 5. ff. d. iniur. ARIST. Ethic. Lib. V. c. II.

s) l. 36. ff. de A. R. D.

t) l. 7. et l. 26. §. 12. ff. de condict. indeb. l. 25. in fin. ff. de praescript. verb.

v) In Comment. ad l. 2. C. de rescind. vendit. n. 19. x) cap. I. §. 8.

accipientem transeat. Voluntas itaque restituentis nihil facit, vel ad interitum, vel ad valorem oneris impositi: sed modus resoluendi dominium possidentis hunc diuersum effectum operatur. Prout enim resolutio contingit, vel ipso iure, vel interueniente aliquo facto, seu prioris seu posterioris domini, hypotheca vel simul perit, vel postea adhuc viuit. Vnde, si vera essent, quae ANT. FABER, ^{y)} de eiusmodi reuocata donatione tradit, omnino dicendum foret, hypothecam cum dominio donatarii extingui. Docet enim, quod donatio ex causa ingratitudinis *ipso iure* reuocetur, non tamen ita resoluatur, vt res donata pro eo haberi debeat, ac si numquam donata esset. Vt non dicam, haec sibi esse contraria; dum reuocatio, quae ipso iure fit, ita donationem necessario resoluit, vt dominium rei donatae sine hominis facto in donantem redeat, et propterea omnes donatarii actus nullos efficiat; id solum probabo, reuocationem donationis ipso iure nec fieri nec fieri posse. Nam leges ^{z)} donatori ad donationem reuocandam actionem tantum personalem, numquam realem, quae ex reuocatione ipso iure facta fluit, tribuunt. Deinde haec actio reuocatoria ita personae donantis adstricta est, vt nequidem ipsius descenditibus et heredibus concedatur. ^{a)} Immo PHILIPPVS, Imper. ^{b)} expresse rescribit, quod donatio mutata donantis voluntate, et sic non ipso iure, reuocetur. Nec quomodo ipso iure fiat reuocatio, cogitari potest; cum factum hominis immediate requirat, sine quo procedere nequit. Minime vero obstat effatum CONSTANTINI et CONSTANTII, Augg. ^{c)} rescribentium: *Actionem matris ita personalem esse volumus, vt vindicationis tantum habeat effectum.* Id enim haec verba indicant, hanc actionem effectum habere vindictae et vltionis, et in eo actioni iniuriarum, vtpote quae nec heredi datur, ^{d)} similem esse: Vindicare enim proprie est vlcisci. ^{e)} Et sic constat personali solum actio-

y) De error. pragm. Dec. XXIII. err. 4.

a) l. 1. d. l. 7. et l. vlt. C. eod.

d) §. 1. Inst. de perp. et temp. act.

e) l. 2. §. 5. ff. de iudic. Conf. VINNIUS *sel. iur. quaest.* Lib. II. cap. 5. in fin.

z) l. 7. C. de reuoc. donat.

b) In c. l. 1. C. eod.

c) In d. l. 7. C. eod.

actione donatorem donatam rem repetere, neque hypothecariam, vt realem, ea absumi.

§. XXXVIII.

Constitutae quidem, seu, vt alias vocatur, expressae hypothecae in hac tractatione locum solum adsignaui; non tamen plane abs re erit, in fine adhuc pauca quoque de tacita notare. Extra limites autem diuagarer, si perscrutandis vtriusque differentiis, aliisque ad scopum non pertinentibus, iam immorarer: effectus tantum hypothecae tacitae, post extinctum domini obligati dominium, considerandus venit. Sine magna difficultate statim quisque animaduertet, eiusmodi hypothecam tam ante, quam post, debitoris dominium translatum firmum et validum ius parere creditori. Nam causa hypothecae tacitae grauissima est, nempe lex, quae ita eam inducit, vt mera iuris potestate sine vlllo hominis facto, illi, quem lex securum esse vult, ius in re acquiratur. Haec itaque obligatio, si semel rebus inhaeret, ante non tollitur, quam causa, ob quam a lege imposita fuit, cesset, et ei, cui haec hypotheca dabatur, satisfactum sit. Interea vero illi, cuius bona alii tacite obligantur, alienatio non denegatur; sed de illis libere, sicut antea, tam inter viuos, quam mortis causa, disponit: hac tamen addita restrictione, vt onus et causa rem in omnem possessorem sequantur, et hypothecam legalem habentibus integrum sit, hypothecaria aduersus possidentem experiri. ^{f)} Elegans hac de re exstat sanctio SEVERI et ANTONINI, Imp. rescribentium: ^{g)} *Non est interdictum tutoribus vel curatoribus, etsi ex eo titulo iudicati debitores sunt constituti, cum sua causa res suas alienare.* Immo, licet ii, quorum in bonis ipsa lex hypothecam constituit, res suas vellent sine onere alienare, hoc tamen, nisi creditoribus suis alio modo caueant, minime facere possunt, et onus, in-

*De hypotheca
tacita.*

I 3

uitis

f) Nec obstat l. 17. C. de admin. tut.; vbi DIOCLETIANVS et MAXIMVS Imp. rescribunt: *De successione sua tutores frustra timent: cum his, qui tutelam administrauerunt, testamenti factio non denegetur, nec de bonis suis donare aliquid prohibeantur.* Haec enim verba docent, quod tutores quidem sine crimine furti, non tamen sine onere, alienare et donare possint. l. 66. princ. ff. de furt. g) In l. vn. C. Rem alien. gerent.

uitis quoque alienantibus, rem afficit. Qua de re edocemur verbis IVSTINIANI Imp.^{h)} dicentis: *Perspicui iuris est, etiamsi alienata fuerint parentum bona, ius hypothecae integrum iisdem manere filiis.*

§. XXXIX.

De remedio, quod rem suam cum onere recipienti competit.

Sed missa iam hypotheca tacita, de qua solum in transitu egi, ad expressam reuertendum et paucis dicendum est, quid iam ei incumbat, et quomodo sibi prospiciat, qui rem suam cum onere pignoris recipere tenetur. Non adeo iniquam, ut primo statim intuitu videri posset, huius conditionem reddi, re accuratius considerata apparebit. Recipienti enim paratum est remedium, quod in terminis rei emtae, pignori datae et redhibitae, proponit VLPIANVS,ⁱ⁾ *Cum redditur, inquit, ab emtore mancipium venditori, de dolo malo promitti oportere ei, Pomponius ait, et ideo cautiones necessarias esse: ne forte aut pignori datus sit servus ab emtore, aut iussu eius furtum siue damnum cui datum sit.* Si itaque actor petiit, ut res libera restituatur, aut eo nomine sibi ab emtore caueatur, emtor, si neutrum praestet, pretium postea, amissa eligendi facultate, praecise supplere obstringitur.^{k)} Quodsi vero actor pretium, pro re oppignorata ab emtore solutum, adhuc tenet, extra dubium positum est, posse illum retentione tantae summae, quanta creditori hypothecario debetur, securitatem sibi procurare.^{l)} Sed, si vel donandi animo, vel sine pretio, respectu solum ad aliquam praestationem habito, res alienata, atque deinde ad alienantem, vel ob ingratitudinem donatarii, vel ob non servatum pactum, reuerfa fuerit, recipiens omnino ratione summae, pro qua res obligata est, in periculum adducitur, si forte is, a quo res auocatur, desinit esse soluendo. Verum enim vero sibi imputet, quod in contrahendo non fuerit cautior, suoque iuri tacite

^{h)} In l. 8. §. ult. C. de secund. nupt.

ⁱ⁾ In l. 21. §. 1. ff. de aed. edict. Add. l. 43. §. 8. ff. eod.

^{k)} V. BACHOVIVS de Pign. Lib. V. cap. 13. n. 6. et VINNIVS l. c. Lib. II. cap. 5.

^{l)} Suadet hoc aequitas naturalis, quae, si remedium aliquod superest, neminem immerito damno affici patitur, l. 3. in fin. C. commun. utriusque iudic. l. 38. ff. de hered. petit.

facite quasi renuntiauerit, plenum et illimitatum rei suae dominium sine restrictione in alium transferendo. Certe creditoris, qui bona fide cum perfecto domino egit, nulla est culpa, et propterea nullum periculum. Vt quoque hic eo securior de credito suo sit, moribus Germ. et legibus quorundam locorum statuariis introductum est, vt hypotheca in rebus immobilibus publice constituitur.^{m)} *Statutum Hamburgense*ⁿ⁾ hac de re ita sancit: Unbewegliche Erbe und Zinse sollen für sitzendem Rath in offener Audienz verlassen und aufgetragen werden, und was also für den Rath verlassen, und in dem Stadt-Buch geschrieben wird, dar gehet kein Zeuge über. Quae vero sanctio ita intelligenda non est, vt ob illam omnis alia hypotheca rerum immobilium, publice non constituta, nullius sit valoris: sed id tantum vult, hypothecae eiusmodi publicam auctoritatem accedere debere, si creditor singularibus effectibus et praerogatiuis huic annexis gaudere cupit.^{o)} Extraiudicialis enim hypotheca in re immobili ratione quidem debitoris, eiusque heredum, creditori firmum et reale ius parit, quatenus vero de praeiudicio tertii agitur, inualida et nullius momenti est.^{p)} Si vero creditor adhibitis solemnibus hypothecam consecutus est, omnibus aliis, qui non antiquius ius, eodem modo constitutum, habent, secundum *Statutum Hamburgense*^{q)} sine distinctione praefertur. Et licet secundum ius commune,^{r)} immo et secundum *ius Lubecense*,^{s)} creditores hypothecarii ad tertiam classē referantur; ius tamen patrium in eo a reliquis recedit, vt illos omnibus omnino privilegiatis, qui vulgo classi primae et secundae annumerantur, praeferrī iubeat.^{t)} Sed tam fauorabilis conditio iis solum obuenire potest, quibus

De hypotheca publica, in specie secundum ius Hamburgense.

- m) De Saxonia hoc testatur CARPZ. Part. II. Constit. Elect. const. 23.
- n) Part. II. tit. 4. art. 4.
- o) Quae huc faciunt, diligenter congeffit, et erudite explicauit, Vir Consult. 10. OTTO in diss. inaug. de iure hypothecae publicae secundum statuta Hamburgensia, Vltr. 1732.
- p) Pluribus haec illustrat B. GRIBNERVS in diss. de praeiudicio tertii ex hypotheca rei immobilis extraiudiciali, Lips. 1703.
- q) Part. II. tit. 5. art. 1. eiusmodi creditori in concursu creditorum primus locus expresse assignatur.
- r) v. BRUNNEMANNVS de processu concursus creditorum cap. V. §. 48.
- s) Conf. MEVIVS ad ius Lubec. Lib. III. t. 1. a. 12. n. 53. f.
- t) In Statuto. Part. II. tit. 5. art. 7. sancitur: Jedoch, daß die Verpfändung, welche in dem Stadtbuch verzeichnet, wie obgedacht, allwege so wohl in diesen als andern Fällen, den Vorgang habe.

quibus res immobiles publice obligatae sunt. Mobiles enim, cum numquam auctoritate publica oppignorentur,^{v)} creditorem tam securum non reddunt. Exiguum potius et admodum angustis limitibus circumscriptum hoc ius hypothecarium videtur; cum ob fauorem commerciorum, quibus nonnumquam plurimum dandum est, bonae fidei possessor contra creditorum iura tueatur.^{x)} Nam ita *Statutum*^{y)} sancit: Wenn ein Gläubiger in seines Schuldners beweglichem Guth Verpfändung hat, und ihm doch dasselbe in seinen Gewehren gelassen, der Schuldner aber immittelst, ehe dann der Zahlungs-Termin kommen, solche verpfändete fahrende Haab verhandelt, oder in andere Hände gebracht, so wollen wir, daß auf den Fall zu Beförderung gemeiner Handthierung, und Vermeidung beschwerlicher disputation, der Gläubiger die verpfändete bewegliche Güter, von denen Personen, die sie mit guten Glauben, und richtiger Ankunfft, erlanget, wiederum zu fordern nicht befugt seyn soll. In unbeweglichen Gütern aber soll dem Gläubiger, sich an die ihm verpfändete Güter, unangesehen daß sie in andere Hände transferirt, (wofern die rechtliche Gewehr oder Praescription darüber nicht verflossen,) zu halten unbenommen seyn. Quibus ex verbis tuto infertur, secundum *ius Hamburgense*, hypothecam in re mobili constitutam semper cum constituentis dominio resolui,^{z)} in re immobili autem per huius resolutionem, dummodo aut minus pleni aut reuocabilis aut conditionati domini ratio aliud non suadeat, numquam infringi.

§. XL.

Limites huic libello Academico iam ponendi sunt, ne in opus iusto maius excrescere videatur. Restant quidem non pauca, quorum sub praemissa rubrica commoda esset explicatio; sed cum praecipua me adduxisse putem, ea, quae supersunt, silentio praeterire non dubito. Interea omnes, ut spero, boni, in quibus sinceritas et animi candor praeualet, has meditationes suo fauore excipient, nec tam iniusti rerum aestimatores erunt, ut ob leuem forte admissum errorem reliqua omnia, quae vel iuris analogia sustinet, vel praxis fori approbat, immerito aspernentur.

v) Nam Statutum, quando de publica oppignoratione loquitur, rerum immobilium solum mentionem facit, nec vsquam ad mobilia respicere videtur.

x) Modo res non sit furtiua. Tum enim domino vindicatio non denegatur. v. *Statut.* Part. II. tit. 8. art. 8. y) Part. II. tit. 4. art. 2.

z) Ita, ut contra tertium actio non competat. Interea contra debitorem creditori saluum manet ius suum, et dubium non est, re forsan ad debitorem reuersa, hypothecam reuiuiscere. Cum enim obligatio inter debitorem et creditorem non fuerit soluta, et ille praeterea, quando alienauit, dolose egerit, hic statim, atque res ad primum possessorem redit, ipso iure ius suum recuperat.



Trummer, Johann Paul,

De effectu hypothecae post resolutum dominium constituentis

Lipsia 1741

4 Diss. 589#Beibd.30

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10658359-7

VD18 15110826-001